

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; José Querino Tavares Neto; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa
Moraes. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-862-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição.
XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Apresentação

O Direito Penal no Brasil é um campo em constante transformação. Seus primeiros passos encontra lugar em um ordenamento jurídico que situa-se entre o local e o global, entre a colônia e a metrópole: Os Códigos ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, dentre os quais, o Código Philippino ou Código Joanino foi o que mais influenciou - para o bem ou para o mal, a nossa tradição jurídica.

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 1922 assistimos uma transição da antiga ordem jurídica fundada no Direito Canônico base do estado absolutista, para uma nova ordem jurídica designada de Direito Moderno que tem origem no estado constitucional. Na perspectiva do Direito Penal, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1940 foram os dois principais instrumentos do nosso ordenamento jurídico, que junto com as demais Leis extravagante, orientaram e orientam o caminho do ensino, da pesquisa, da teoria e da prática jurídica nos últimos 200 anos do Brasil independente - 1822-2022.

Ao longo desses 200 anos de nação, vimos mudar as teorias do direito, e do direito penal, de uma concepção fundada na teoria do crime, baseadas nos instrumentos de controle da conduta das pessoas, e das teorias da pena, baseadas na vingança pública, para uma teoria crítica que questiona os postulados do positivismo jurídico em favor da materialidade de um estado democrático efetivamente de direito.

As instituições de pesquisa jurídica assumiram um papel de protagonismo e sujeito político nesta ordem democrática, e dentre elas, o Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, constitui um dos principais atores deste campo institucional, e seus congressos anuais, são a arena onde boa parte da pesquisa jurídica se desenrola, e assume forma pública de diálogo nacional e internacional. O Direito Penal, Processo e Constituição é uma das principais áreas (GT) que compõem os congressos nacionais e internacionais do CONPEDI.

Esta publicação reúne os artigos acadêmico-científicos apresentados no XXX Congresso Nacional do Conpedi realizado na cidade de em Fortaleza/CE, nos 15, 16 e 17 de novembro de 2023 com o tema geral “Acesso À Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento” Edital Nº 03/2023.

A presente publicação contempla um total de dezenove artigos. O primeiro é o trabalho de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Autoritarismo e Sistema Penal: uma análise de intersecção e consequências”, uma pesquisa que estuda o fenômeno do autoritarismo e sua interação com o sistema penal com vistas a uma reflexão sobre relação entre o direito e o poder.

O segundo trabalho desta publicação é o estudo de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Análise Econômica Do Direito Penal: o custo do encarceramento no Brasil e os desafios para a redução da criminalidade” analisa o custo do encarceramento no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do direito penal.

O terceiro trabalho desta publicação é o estudo de Dayton Clayton Reis Lima e Josinaldo Leal De Oliveira “Além Das Grades: avanços e dilemas da educação no contexto carcerário brasileiro” explora a relação entre a educação e o sistema carcerário brasileiro

O quarto trabalho desta publicação é o estudo de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Alexandre Lobato Nunes e Hugo Leonardo Galvão de Carvalho “Acordo De Não Persecução Penal – Anpp: a importância do fator sociojurídico na importação de institutos estrangeiros” que trata do fator sociojurídico como elemento imprescindível para o aprimoramento da lei e da jurisprudência no âmbito do processo criminal no Brasil.

O quinto trabalho desta publicação é o estudo de Ana Carolina Figueiro Longo e Ana Luísa Batista Pereira “A Vida, O Cárcere E A (Des)Ressocialização” análise o aumento da população carcerária no Brasil no período de 1990 a 2021.

O sexto quarto trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio, Gustavo Noronha de Avila e Daiany Barros de Oliveira “A (In) efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha como instrumento de proteção dos direitos da personalidade”, investiga as mulheres que sofreram violência tuteladas pela Lei Maria da Penha.

O sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio e Gustavo Noronha de Avila “Eu juro que vi exatamente isso”: distorções da memória no processo penal e a violação da identidade enquanto um Direito da personalidade” analisa as falsas memórias e o direito da personalidade do acusado no Processo Penal.

O oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra, Rodrigo Cavalcanti e José Orlando Ribeiro Rosário “Vedação ao Non Liqueet e o Princípio da Reserva Legal:

método de integração normativa como fator criativo de criminalização de condutas por decisões judiciais” trata da vedação ao non liquet, previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O nono trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra e Rodrigo Cavalcanti “autonomia da lavagem de dinheiro: prolegômenos hermenêuticos e sua tipificação” investiga o crime de lavagem de dinheiro introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.613/98.

O décimo trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso, Lucas Paulo Fernandes e Lucas Hernandes Lopes “O cumprimento imediato da pena no Tribunal do Júri: caminhos sinuosos, alcances e limites da presunção de inocência no STF” trata das garantias fundamentais do jurisdicionado em face do recurso extraordinário nº 1.235.340 do STF.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de José Roberto da Silva “O parâmetro de controle de constitucionalidade das leis penais segundo o entendimento do SFT” analisa o entendimento do STF a respeito do controle de constitucionalidade das leis penais.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes “Combate à corrupção no futebol: o compliance criminal como instrumento de prevenção de fraudes em apostas esportivas” análise a importância do compliance criminal no enfrentamento das apostas esportivas fraudulentas no futebol.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes e Ênio Stefani Rodrigues Cardoso Cidrão “O informativo 759 do STJ sob a perspectiva do garantismo hiperbólico monocular” investiga o que Douglas Fischer denomina de Garantismo Hiperbólico Monocular e o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

O décimo quarto trabalho desta publicação é o estudo de Rayssa Martins Escosteguy e Antonio Rodrigo Machado de Sousa “O pedido de absolvição pela acusação e a (im) possibilidade de condenação penal”. analisa a compatibilidade e incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

O décimo quinto trabalho desta publicação é o estudo de Jussara Schmitt Sandri “O tratamento penal da lesão corporal dolosa de natureza gravíssima” analisa o crime de lesão corporal na Lei 13.142/2015 e na Lei 8.072/1990.

O décimo sexto trabalho desta publicação é o estudo de Thiago Gomes Viana e Luis Alberto Oliveira da Costa “Racismo, "labelling approach" e reconhecimento pessoal: análise da jurisprudência do STF e do STJ” . analisa as decisões do STJ e do STF acerca da obrigatoriedade do cumprimento do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP).

O décimo sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho , Maria Trinyd Fernandes Parente e Cláudia Aparecida Ribeiro do Nascimento “Sanções Pecuniárias e Desigualdade Socioeconômica: uma necessária análise da execução penal e ressocialização no ceará” que investiga as implicações das sanções pecuniárias na vulnerabilidade socioeconômica dos apenados no sistema penal brasileiro, no Estado do Ceará.

O décimo oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho, Maria Trinyd Fernandes Parente e Maria Heloísa Nogueira da Silva Alves “A Inafastabilidade da Pena de Multa: a execução penal de hipossuficientes no tribunal de justiça do estado do ceará (tjce)” examina a abordagem do TJCE em relação à pena de multa e extinção da punibilidade.

O décimo nono trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso e Paulo César Corrêa Borges “Crítica ao Entendimento dos Tribunais Superiores: o ônus da prova para aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no roubo” que estuda a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo no roubo.

Na qualidade de coordenadores agradecemos todos/as os/as autores/as em nome do CONPEDI e convidamos todos/as a leitura e estudo dos trabalhos apresentados.

Profº Drº José Querino Tavares Neto - UFG

Profº Drº Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes - Universidade de Itaúna

Profº Drº Benjamin Xavier de Paula - FDUSP; PPGD/UnB

CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI: CAMINHOS SINUOSOS, ALCANCES E LIMITES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF.

IMMEDIATE EXECUTION OF SENTENCE IN THE JURY COURT: WINDING PATHS, SCOPE AND LIMITS OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AT THE STF.

Fernando Augusto Risso ¹

Lucas Paulo Fernandes ²

Lucas Hernandes Lopes ³

Resumo

Com uma visão propositiva, apresenta-se um debate sobre a possibilidade de prisão do réu condenado pelo conselho de sentença do tribunal do júri, mesmo antes do trânsito em julgado do processo. Problematisa-se a compatibilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal em permitir o imediato cumprimento da decisão condenatória do júri com a natureza e o alcance do princípio da presunção de inocência. A investigação debruça-se sobre as dimensões e os limites da referida garantia penal a partir do julgamento do recurso extraordinário nº 1.235.340 pelo tribunal e os impactos possíveis para as garantias fundamentais do jurisdicionado. Também faz uma análise da garantia processual mencionada com o papel e a trajetória do tribunal na afirmação dos direitos fundamentais penais, balizando os princípios da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso. A partir de uma óptica transdisciplinar entre o direito constitucional, direito penal e o direito processual penal, a investigação é realizada por meio de revisão bibliográfica e pesquisa documental, desenvolvendo-se pelo método dedutivo com um enfoque crítico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Presunção de inocência, Tribunal do júri, Prisão, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

With a proactive view, this article discusses the possibility of imprisoning a defendant convicted by the jury court, even before the final judgment of the trial. The compatibility of the Brazilian Supreme Court's decision to allow the immediate enforcement of the jury's convicting decision with the nature and scope of the presumption of innocence is questioned.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), campus de Franca. Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade Legale. Advogado. E-mail: f.augustorisso@gmail.com

² Mestrando em Direito na Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP/FDRP). Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst e Graduado em Direito na UEL. Advogado.

³ Advogado Criminalista, formado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

The investigation focuses on the dimensions and limits of this penal guarantee, based on the judgment of the extraordinary appeal n. 1.235.340 by the court and its potential impacts on the fundamental guarantees of the litigant. It also analyzes this procedural guarantee in light of the role and trajectory of the court in affirming fundamental criminal rights while respecting the principles of legal certainty and non-retrogression. This research is interdisciplinary, spanning constitutional law, criminal law and criminal procedural law, and employs a deductive methodology with a critical approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Presumption of innocence, Jury court, Imprisonment, Brazilian supreme court

Introdução.

O Supremo Tribunal Federal (STF) enfrenta, no julgamento do recurso extraordinário (RE) nº 1.235.340, a discussão sobre a possibilidade de execução imediata da decisão condenatória do conselho de sentença no tribunal do júri. Na controvérsia justapõem-se os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos.

Inobstante a corte constitucional tenha sedimentado posição sobre a impossibilidade de execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado do processo, a partir das alterações legislativas de 2019, debate-se agora a possibilidade de imediato cumprimento da sentença condenatória do tribunal do júri, mesmo diante da possibilidade de interposição de recursos e a despeito do alcance da garantia fundamental individual da presunção de inocência.

É sobre a compatibilidade da decisão do STF com a natureza e alcance da presunção de inocência que se debruça neste artigo. Pretende-se investigar as dimensões e as possibilidades da decisão do tribunal no RE n. 1.235.340 na relação com direitos fundamentais do jurisdicionado. Especificamente, analisa a função de protetor das garantias processuais penais que o STF possui. Também examina o princípio da presunção de inocência e a trajetória decisória da corte sobre a matéria, colocando o julgamento mencionado defronte aos princípios da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso.

Na primeira parte, a análise recai sobre os direitos processuais penais e as implicações democráticas deles derivadas. Num segundo momento, faz-se o percurso da evolução da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. Na última parte, ao observar a função constitucional do tribunal, questiona a decisão do RE n. 1.235.340 frente aos princípios da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso.

A pesquisa é transdisciplinar entre o direito constitucional, direito penal e o direito processual penal. Para a investigação, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa por meio de investigação na literatura nacional e estrangeira, selecionada qualitativamente; e, pesquisa documental qualitativa em decisões e processos do STF. Desenvolve-se a partir do método dedutivo, por meio de um enfoque crítico.

1. Direitos fundamentais processuais penais como estruturas do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, embora experiência da contemporaneidade, expressa o ápice de duas dicotomias ao longo da história, a democracia e o constitucionalismo. É o

encontro jurídico num sistema de proteção individual e coletiva, então funcionalizado de e para a garantia da dignidade humana; senão, para proteger o próprio indivíduo, então tido como sujeito de direitos.

Seguindo o entendimento de Ferreira Filho (2010), o Estado Democrático de Direito deriva, ontologicamente, dos direitos fundamentais. Há uma relação simbiótica e causal entre o contemporâneo paradigma jurídico e as garantias fundamentais. Assim, os direitos fundamentais tornam-se expressões da liberdade e da igualdade, valores sob os quais fundam-se as instituições e o exercício do poder político.

Em outras palavras, valendo-se da síntese de Miranda (2018, p. 38), a liberdade e a igualdade representam “valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser”; ou melhor, é o ponto de enlace da realização democrática, a partir do qual, partindo-se do pressuposto de que “todos os seres humanos são livres e iguais”, sendo titulares de direitos políticos, devem “interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver”. De tal sorte, as normas constitucionalmente firmadas¹ estruturam-se a partir desses mesmos vetores, eis que elementos de pareio da própria validade normativa da democracia. A liberdade e a igualdade tornaram-se tão inatas que constituem instrumentos de verificação das características de um regime democrático.

Aparece, assim, o traço delimitador da democracia enquanto expressão político-valorativa do Estado. O regime democrático expressa um conjunto de predicativos, voltados para “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (Silva, 2015, p. 119).

Este resultado coloca a democracia como produto de um processo histórico construtivo, muito moldado a partir das experiências humanas de resistência ao exercício da autoridade estatal. O trespasse do poder de governo ao povo culminou no exercício participativo que, mais recentemente, encadeou a dignidade humana como elemento intrínseco do regime (Ferreira Filho, 2010; Silva, 2015). Também como expressão-origem da liberdade e da igualdade, o respeito à dignidade do sujeito torna-se traço característico do exercício de poder pelo Estado, também na interferência que realiza sobre as esferas individuais dos sujeitos.

É justamente sobre esse prisma que as garantias processuais aparecem insculpidas como direitos fundamentais: no imbuído propósito de proteger o indivíduo do exercício autoritário de

¹ Vale, aqui, o destaque feito por Miranda (2018), segundo o qual a existência de Constituições rígidas é traço marcante do constitucionalismo contemporâneo, sobre as quais fundam-se tanto a estruturação jurídica do Estado, como a dinâmica política do exercício do poder.

poder, então característica tão marcante do Estado Absolutista. Como destacam Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), esta é a lógica do instrumentalismo processual, na qual o processo é funcionalizado para a resolução dos conflitos à luz da proteção do indivíduo, ora concebido como destinatário-indutor da persecução do Estado, ocupando a centralidade do modelo persecutório. Por isso, há que se dizer que o processo penal está funcionalizado à democracia. Não apenas a partir de estruturas formais, mas como instrumento funcional de proteção das garantias do indivíduo contra a autoridade do Estado.

Noutras palavras, pode-se dizer que além de mecanismo de proteção do sujeito, os direitos fundamentais implicam respeitabilidade ao próprio indivíduo que – titular do direito de ver observada a legalidade na persecução penal – também torna-se o pivô central e orientativo da própria atuação do Estado. Pode-se falar, então, numa centralidade dos direitos fundamentais processuais penais no Estado Democrático de Direito (Mendes; Branco, 2020).

1.1. Conteúdo material do princípio da presunção de inocência.

A ideia de presunção de inocência remonta ao direito romano, no qual vigorava no meio jurídico a máxima do *in dubio pro reo*. Naquele estágio da civilização ocidental, a presunção de inocência estava intrinsecamente ligada ao aspecto de julgamento de que a existência de dúvidas quanto à culpabilidade do acusado deveria pender em seu favor. O princípio foi ofuscado durante as práticas inquisitoriais da Baixa Idade Média, mas foi reafirmado com os ideais iluministas do século XVIII, sendo positivado na Constituição da Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (Ferrajoli, 2002, p. 441-442).

O artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 previu que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”, permitindo extrair duas acepções principais naquele momento histórico: o acusado não deve ser obrigado a produzir provas contra si mesmo e o Estado precisa evitar ao máximo a imposição de medidas restritivas de liberdade contra o réu durante o processo, tendo em vista que neste período ele é considerado inocente (Gomes Filho, 1989, p. 15-18).

A partir do final do século XIX e começo do século XX, a presunção de inocência passou a ser fortemente atacada pela Escola Positiva Italiana, que considerava o princípio sinônimo de excesso de garantia individual advinda da Revolução Francesa (Ferrajoli, 2002, p. 442). Vincenzo Manzini, jurista da Itália fascista, entendia, aliás, que se o Estado se ocupou de investigar e processar o cidadão, a presunção só poderia ser de culpabilidade e não de inocência (Manzini, 1931 *apud* Gomes Filho, 1989, p. 27).

Atualmente, o princípio da presunção de inocência é garantido em todos os países democráticos que prezam ou almejam um processo penal de cunho acusatório, fundado no respeito à dignidade humana e aos demais direitos e garantias fundamentais (Badaró; Lopes Jr., 2016, p. 7). Está ligado “à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria” (Lopes Jr., 2020, p. 106).

A Constituição brasileira prevê o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Brasil, 1988). Além disso, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional que prevê expressamente a presunção de inocência em seu artigo 8.2: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (CADH, 1969).

Observa-se dos textos constitucional e convencional que o Brasil optou pela presunção de inocência como princípio fundante do processo penal. Isto significa que o cidadão deve ser considerado inocente durante todo o trâmite da persecução penal. Neste período lhe serão asseguradas as possibilidades de refutar a acusação e produzir as provas que entender necessárias para a sua defesa, de ser julgado por um juiz imparcial, em paridade de armas com o órgão acusatório, mediante um processo justo e devido. Este *status* de inocência, de acordo com a Constituição brasileira, só é interrompido em um único marco, bastante definido, aliás: com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto, figurando o cidadão como investigado, acusado ou até mesmo condenado em diversas instâncias, se não há trânsito em julgado de tal condenação ele é considerado inocente e o Estado deve garantir a observância dessa condição.

Embora a presunção de inocência no direito romano estivesse bastante ligada à regra de julgamento do *in dubio pro reo*, o atual estágio civilizacional permite inferir que o princípio se irradia em três normas ou dimensões: de tratamento, probatória e de julgamento. Ao que interessa para este artigo, é necessário analisar a dimensão de tratamento.

A presunção de inocência como norma de tratamento impõe ao Estado – e, portanto, a todos os seus representantes – o dever de tratar como inocente o sujeito passivo da persecução penal. O ente estatal “não pode submeter o imputado a nenhum tratamento nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha a antecipação da condenação e, em consequência, da pena” (Ferrer Beltrán, 2018, p. 159). É por isso que as medidas cautelares pessoais, como a prisão preventiva, ou patrimoniais do processo penal somente deveriam ser manejadas quando realmente houvesse um risco ao resultado útil do processo, isto é, em verdadeira finalidade cautelar, e não com o propósito de castigar o acusado. Considerando que a Constituição

brasileira definiu que a presunção de inocência se encerra com o trânsito em julgado da condenação penal, a norma de tratamento deve ser observada até este marco definitivo, não podendo o acusado ser submetido a medida de natureza punitiva antes disso.

Portanto, a presunção de inocência é um princípio político e fundante do processo penal brasileiro. O princípio define a forma pela qual o sujeito passivo da persecução penal deve(ria) ser enxergado pelo Estado e por seus pares: como inocente. Um aspecto da presunção de inocência pouco explorado pela doutrina é que, além de garantia de liberdade, ela também é uma garantia de segurança e de defesa social, na medida em que, caso preservada, o cidadão permanecerá confiante na justiça e sem temor do poder arbitrário do Estado (Ferrajoli, 2002, p. 441). Se a presunção de inocência não é preservada – ou, como ocorre no Brasil, é frequentemente abalada – a própria jurisdição perde sua legitimidade política, pois “o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam” (Ferrajoli, 2002, p. 441).

1.2. O princípio da vedação ao retrocesso como instrumento de proteção dos direitos fundamentais

Paulo César Corrêa Borges (2012, p. 83-84) atenta para a necessidade de se compreender os direitos humanos “enquanto direitos conquistados por meio das demandas históricas e das lutas sociais”. Nesse mesmo sentido, David Sánchez Rubio (2014, p. 106) afirma que “derechos humanos son producciones socio-históricas y procesos relacionales generados por actores sociales sobre los que y sobre quienes se teoriza, en contextos culturales y espacio-temporales complejos, concretos y particulares”.

No século XVIII, as lutas sociais promovidas pela burguesia contra o sistema feudal foram essenciais para a positivação dos direitos individuais de liberdade. Não à toa, como exposto no tópico anterior, a presunção de inocência foi prevista na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. É importante que se diga, porém, que há um fosso entre a proclamação dos direitos humanos e a sua devida efetivação na realidade social, embora os direitos sociais, econômicos e culturais, como frutos de manifestação das classes menos favorecidas (e não da burguesia), sejam os menos garantidos (Borges, 2012, p. 85).

Uma das formas construídas pela doutrina e pela jurisprudência para se garantir a efetivação e a não involução de direitos fundamentais de cunho social é o princípio constitucional implícito da vedação do retrocesso social, definido por Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 644) como “o princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos

sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”. O princípio é direcionado à proteção da seara social, tendo em vista que a efetivação desses direitos demanda prestações positivas por parte do Estado e “estão sujeitos à influência das crises econômica ou aos efeitos da dinâmica da rápida transferência de capitais entre nações, característica da globalização” (Tatsch, 2017, p. 47).

Ingo Wolfgang Sarlet (2020, p. 25-26), por sua vez, leciona que o princípio da vedação do retrocesso é implicitamente extraído de diversos ditames constitucionais e não se aplica tão somente aos direitos sociais: (a) a estrutura do Estado Democrático de Direito impõe a necessidade de proteção da confiança dos jurisdicionados contra medidas estatais retroativas; (b) o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige prestações sociais positivas por parte do Estado, implica que tais ações possibilitem um patamar existencial digno; (c) o artigo 5º, § 1º, do texto constitucional determina a imediata eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais; (d) os princípios que protegem os direitos adquiridos, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; (e) o princípio da proteção da confiança, como elemento do Estado de Direito, deve reger a relação entre o Poder Público e os cidadãos, primando pela boa-fé; (f) o princípio da segurança jurídica impõe ao Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a tendência de se vincular aos seus atos anteriores; (g) e, por fim, expõe que negar a aplicação do princípio da vedação do retrocesso significaria autorizar o Poder Público a se desvincular da efetivação dos direitos fundamentais, objetivo previsto no texto constitucional.

Italo Roberto Furhmann (2014, p. 49-50) vai além e defende que o princípio da vedação do retrocesso decorre não somente da Constituição brasileira, mas também do próprio sistema internacional de proteção dos direitos humanos. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que preveem em alguma medida o princípio da vedação do retrocesso, o qual se relaciona com a ideia de progressividade dos direitos humanos, como o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²; o artigo 2.1. do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966³; e o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁴ (Martini, 2022, p. 63-64).

² Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados;

³ Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas;

⁴ Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos;

Embora o princípio da vedação do retrocesso surja como um marco de proteção para evitar a extinção, restrição ou diminuição de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, Martini (2022, p. 64) defende, com fundamento no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que “por força da indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos, assume-se neste estudo a posição de que seu marco normativo internacional também é destinado a proteger os direitos civis e políticos (sem prejuízo de outros)”.

Flávia Piovesan (2002, p. 41) leciona que a universalidade e a indivisibilidade formam a concepção contemporânea dos direitos humanos, construída a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Por universalidade entende-se que a condição de pessoa é o único requisito necessário para titularizar e fruir desses direitos. É um requisito, portanto, de extensão universal. E os direitos humanos são indivisíveis “porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são” (Piovesan, 2002, p. 41).

A partir da concepção de indivisibilidade tem-se a necessidade de enxergar os direitos humanos como “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais” (Piovesan, 2006, p. 18). E justamente em razão da indivisibilidade desses direitos é que a violação de um pode ocasionar à violação de outro: “a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos” (Piovesan, 2004, p. 68).

Os direitos fundamentais relacionados à matéria penal e processual penal constituem direitos civis protegidos tanto pela Constituição como por diversos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Se esses direitos constituem uma massa indivisível, dependente e relacionada com direitos de outras searas, a efetivação dos primeiros é imprescindível para fruição dos demais. Daí que o princípio da vedação do retrocesso se mostra instrumento utilizável não tão somente para impedir a supressão dos direitos sociais, mas de todos os direitos humanos, em prol de uma proteção completa do jurisdicionado.

2. A evolução do entendimento sobre o marco temporal final do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

À *priori*, repisando algo aqui já dito, mas de suma importância para a construção do raciocínio, o princípio da presunção de inocência está previsto na CF de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelecendo, de modo categórico, o marco temporal final de sua aplicação ao

definir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Brasil, 2016), não devendo, portanto, ser tratado como culpado, ainda que condenado nas instâncias ordinárias, caso haja recurso pendente de julgamento. Desse modo, a presunção de inocência impõe ao Poder Público um dever de tratamento, o qual não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Todavia, em que pese a intelecção do dispositivo constitucional, o reconhecimento da impossibilidade da execução provisória da pena, isto é, o impedimento do início do cumprimento antecipado da prisão pena enquanto ainda resta recurso pendente de julgamento – antes com entendimento alicerçado na Súmula 267 do STJ⁵, bem como na jurisprudência majoritária da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – se deu apenas em 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG⁶, pelo pleno, de relatoria do Ministro Eros Grau, por maioria de votos.

Seguindo a linha histórica sobre o entendimento do STF acerca da matéria em debate, a Suprema Corte, em julgamento pelo pleno realizado no dia 17.02.2016, do Habeas Corpus nº 126.292/SP⁷, reviu seu posicionamento, considerando ser possível o início da execução antecipada da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. A nova virada jurisprudencial foi responsável por negar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, como se entendia anteriormente, inclusive com entendimento sumulado pelo STJ (Súmula 267). De acordo com a tese fixada, em caso de acórdão condenatório, passou a ser possível pelos tribunais locais a determinação de expedição de mandado de prisão, tendo como principal argumento o fato de que a sentença penal em segunda instância encerraria a análise de fatos e provas, o que justificaria a imediata eficácia prática do acórdão.

Após a prolação do acórdão do HC nº 126.292/SP, houve a oposição de embargos de declaração para sanar omissão, porquanto os ministros, no entendimento da defesa técnica, ao denegarem o habeas corpus e reconhecerem que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência (Art. 5º, inciso LVII, CF), sequer mencionaram o artigo 283⁸ do Código de Processo Penal, o qual possui previsão expressa diametralmente oposta à decisão do STF.

⁵ “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”;

⁶ STF, HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 05.04.2009;

⁷ STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17.02.2016;

⁸ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”;

Para Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, ao elaborarem parecer, o qual restou inclusive acostado aos autos para julgamento dos respectivos embargos de declaração, a decisão proferida implicaria automaticamente no reconhecimento da inconstitucionalidade do Art. 283 do CPP, pois “não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade” (Badaró; Lopes Jr., 2016, p. 35).

Além do (principal) argumento de que, como nos recursos especiais e extraordinários não se julga matéria fática, havendo, por conseguinte, chance menor de reforma ou anulação do acórdão do tribunal local, os ministros – com exceção dos vencidos – utilizaram ainda como argumento o “baixo número” de recursos especiais e extraordinários defensivos admitidos e a sensação de impunidade advinda da (de)mora jurisdicional, todos ilegítimos e insuficientes para sustentar a flexibilização do princípio constitucional da presunção de inocência e autorizar a execução antecipada de pena.

Após o julgamento do HC nº 126.292/SP, ainda tratando-se deste mesmo processo que resultou na virada jurisprudencial, a defesa técnica manejou recurso próprio questionando a possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo Art. 5º, inciso LVII, da CF. Na ocasião, houve reconhecimento da repercussão geral (ARE 964.246/SP, Tema n.º 925)⁹ e a reafirmação da jurisprudência de que não haveria conflito com o princípio da presunção de inocência.

Em 2019, entretanto, houve novamente mudança de entendimento. Tal capítulo jurisprudencial importante em relação à possibilidade ou não da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, consiste no julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, no qual restou assentada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/11, reafirmando o posicionamento de 2009 e fortalecendo o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento até que se tenha uma decisão condenatória definitiva, nos termos do dispositivo do Código de Processo Penal e do texto constitucional.

Em que pese o caminho jurisprudencial trilhado, com viradas significativas do entendimento no transcurso do tempo, o debate acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, parecia, finalmente, consolidado. Todavia, com a promulgação da Lei n.º 13.964/19, denominada de “Pacote Anticrime”, o Poder Legislativo foi responsável por criar uma hipótese legal (Art. 492, inciso I, alínea “e” do CPP) diametralmente

⁹ STF, ARE 964.246/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.2016;

oposta ao assentado nas ADC's 43, 44 e 54, bem como no texto constitucional, a qual admite a execução antecipada da pena do acusado condenado pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos.

Além do mencionado dispositivo legal previsto no CPP autorizar a execução antecipada de condenados em crimes dolosos contra a vida a uma pena maior de 15 anos, é preciso ressaltar a existência de debate em andamento no STF, com repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário nº 1.235.340/SC (Tema n.º 1068), discutindo, à luz do Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CF, se a soberania dos veredictos autoriza a imediata execução de pena imposta pelo conselho de sentença, o que consiste mais especificamente em um dos objetos de análise deste artigo.

2.1. A matéria controvertida no RE nº 1.235.340/SC (Tema n.º 1068) e a possibilidade da execução antecipada da pena no âmbito dos crimes dolosos contra a vida.

A princípio, salutar pontuar que a discussão a respeito da possibilidade de execução antecipada da pena nos crimes dolosos contra a vida, conforme contornos delineados no Tema 1068, é anterior à promulgação da Lei 13.964/2019 e, consequentemente, do Art. 492, inciso I, alínea “e” do CPP, diferenciando-se pelo fato de que enquanto o dispositivo legal prevê um patamar específico de *quantum* de pena como limite para determinação da expedição imediata de mandado de prisão (condenação superior a 15 anos, como já mencionado), a matéria controvertida no recurso extraordinário 1.235.340/SC abarca qualquer condenação prolatada no âmbito do tribunal do júri, sendo possível, em caso de acolhimento da tese, o início imediato da execução da pena, independente do montante estabelecido pelo juiz togado.

Sob este prisma, o *leading case* trata de um recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina em face de acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, no qual havia sido assegurada a liberdade do réu condenado por crime doloso contra a vida, sem, todavia, ter uma sentença alcançada pelo marco temporal final do trânsito em

¹⁰ Trata-se do Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* n.º 111.960/SC, cuja ementa do julgado está na sequência: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO QUALIFICADO E POSSE DE ARMA DE FOGO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO OU CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser executada prontamente, sem qualquer elemento do caso concreto para justificar a custódia cautelar, não transitada em julgado ou não confirmada a condenação por Colegiado de segundo grau, torna a prisão ilegal. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.”.

julgado.

O argumento do órgão ministerial alçado à Corte Suprema, porquanto reconhecida a repercussão geral por unanimidade ainda no ano de 2019, está alicerçado no fato de que o princípio da soberania dos veredictos (Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CF) legitimaria a execução provisória da pena nos casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri, não havendo, neste ponto, violação ao princípio da presunção de inocência (Art. 5º, inciso LVII, da CF).

É verdade que, em julgamento no plenário virtual, já havia sido formada maioria para dar provimento ao recurso extraordinário, propondo a fixação da tese prevista no Tema 1068 (acompanhavam o ministro relator Roberto Barroso, os ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e André Mendonça). Em contrapartida, os ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski discordaram e votaram inclusive pela inconstitucionalidade do dispositivo do “Pacote Anticrime” (Art. 492, inciso I, alínea “e” do CPP). Já o ministro Edson Fachin votou pelo não provimento da tese, mas pela constitucionalidade da execução antecipada em penas superiores a 15 anos. No entanto, o ministro Gilmar Mendes pediu destaque para levar a discussão ao plenário físico, iniciando-se a votação do zero.

A menção do artigo 5º e dos incisos que preveem ambos os princípios mencionados não é desproposita. Ao contrário, serve para evidenciar que as normas invocadas são do mesmo patamar constitucional (direitos e garantias fundamentais), “não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio acusado, até porque incidem em espaços e lugares distintos (não se confundem, nem se sobrepõem)” (Rosa; Lopes Jr., 2022).

Argumento racional suficiente a esclarecer a contenda jurídica consiste no fato de que não há incompatibilidade entre as normas constitucionais, como pretendem. Isso porque, o princípio da presunção de inocência, como já demarcado, consiste na garantia fundamental de que o indivíduo processado não será considerado culpado até que o marco temporal final estabelecido pela Constituição (trânsito em julgado) não seja alcançado. A soberania dos veredictos, por sua vez, traduz-se, basicamente, em limitação ao Tribunal estadual, impossibilitando a reversão do “conteúdo do veredicto” e não a reversão do veredicto propriamente dito por outro conselho de sentença (Rosa; Lopes Jr., 2022).

Em síntese, caso seja adotada a tese debatida em âmbito de repercussão geral (Tema 1068), estaremos, no entendimento de Melchior (2020, p. 1072-1073) diante da aplicação de uma sanção criminal antecipada alicerçada na retórica da “luta contra a impunidade” e maior “eficiência penal”, na medida em que o processo penal se reduz a uma finalidade inadequada ao modelo constitucional de devido processo penal, o qual possui como princípio fundante a

presunção de inocência.

3. O STF e a proteção dos direitos fundamentais.

Com a entrada em cena do princípio da dignidade humana como consenso pós-autoritário, surgiu, no plano normativo interno, a necessidade do estabelecimento de normas que o firmasse também nas Constituições. Isto é, porque a garantia dos valores emanados da proteção à dignidade individual tornou-se condição das democracias a partir de então, exigiu-se a respectiva normatização.

Neste mesmo compasso, tornou-se necessário um remodelamento institucional, a fim de que as instituições fossem capazes de salvaguardar as garantias fundamentais. A fim de responder a essa necessidade, surge o modelo pensado por Kelsen (2003), pelo qual os tribunais constitucionais tornaram-se incumbidos do encargo protetivo dos direitos fundamentais, o que apareceu consolidando-se mundo afora como instrumentos de garantia dos recém normatizados direitos fundamentais.

Melhor dizendo, os tribunais constitucionais surgiram como efetivos protetores da democracia. No desenho de Kelsen (2003), foram projetados como instituições-seguro dos valores normativamente fixados nos textos constitucionais, então estabelecidos a partir das reações às experiências autoritárias da primeira metade do século XX. Em verdade, como pontua Miranda (2018, p. 11), os tribunais constitucionais podem ser admitidos “como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, a fim de manterem este dentro dos limites de seu poder”.

De tal sorte, passou a caber às cortes constitucionais funcionar como garantidores – em alguma medida, até mesmo, fiadores – dos direitos fundamentais e da democracia. Essa mesma funcionalidade foi projetada e assumida pelo Supremo Tribunal Federal. Como destaca Silva (2015), muito em razão da disruptiva mudança na jurisdição constitucional advinda da Constituição Federal de 1988 e os sucessivos aprimoramentos que sucederam, ao STF foi delegado um papel relevante, de instituição fiscal-garantidora da efetividade das normas de direitos fundamentais. O desenho institucional do constitucionalismo brasileiro contemporâneo posiciona o tribunal como verdadeiro guardião das garantias fundamentais; mais ainda, como instituição que desempenha significativo papel decisório na consolidação e na afirmação de tais direitos (Godoy, 2021).

Como ressalta Miranda (2018), o STF exerce um papel definidor da democracia, de controlar os ímpetus da maioria democrática, sobremaneira, para proteger e garantir os direitos

fundamentais¹¹. É neste esquadro institucional que, recorrentemente, as controvérsias judicializadas no STF – como aquelas sobre as quais debruça-se, verdadeiras garantias processuais penais –, versam sobre matérias típicas para as quais a corte fora projetada. Assim, as decisões do STF repercutem na esfera individual por tratarem da interpretação das mais elementares garantias, intimamente jungidas à liberdade do jurisdicionado.

Ocorre que a natureza decisória do STF, não raras vezes, flexibiliza e dificulta um processo genuíno e sedimentado de concretização dos direitos fundamentais. Inobstante a sensibilidade material das garantias processuais penais, o comportamento decisório da corte pode minar ou a dificultar a concreta realização dessas normas.

3.1 Panorama decisório do STF e a insegurança jurídica do jurisdicionado.

Ao analisar a tomada de decisões pelo STF, Godoy (2021, p. 43-44) sinaliza para a existência de uma sistemática de individualismo decisório, destacando a dificuldade do tribunal em manter-se como uma corte colegiada, do que emana, sintomaticamente, outros tantos entraves decisórios, como arremata:

Esse modo de ser dos ministros e de existência do STF corrói sua autoridade e legitimidade do Supremo, fragiliza a Constituição e coloca em risco a própria democracia.

[...]

A ministocracia, o *judicial review* individual, o Supremo como tribunal de solistas colocam abaixo as qualidades e benefícios de um órgão colegiado e que deve(ria) deliberar – trocar razões, desafiar argumentos, construir consensos. Esse modo de atuar viola as normas do processo constitucional, desnatura o STF ao violar a colegialidade e a regra da maioria que deveria o reger e, por fim, socava a própria democracia que deveria proteger.

Por certo, este perfil decisório do STF projeta uma corte, não raras vezes, decisivamente disfuncional (Mendes *apud* Godoy, 2021). No emaranhado decisório pouco solidificado para consolidar um tribunal coletivo e institucionalmente sedimentado por meio de suas decisões e seus posicionamentos publicamente debatidos, a corte pode flexibilizar a garantia de direitos ao indivíduo.

¹¹ Não se debruçará, nesta pesquisa, sobre a dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, também porque não cabe no objeto delimitado. No entanto, sinaliza-se, somente para fins de contextualização do problema, que a posição minoritária dos tribunais constitucionais gera discussões quanto à legitimidade democrática das decisões tomadas em revisão das escolhas dos fóruns políticos típicos, o Legislativo e o Executivo.

Ocasionalmente, o STF imbuí-se de solipsismos e mutabilidades subjetivas dos próprios ministros, as quais dificultam uma posição definida sobre o posicionamento da corte em determinada controvérsia (Silva *apud* Godoy, 2021). E nem é que se pretende definitividade ou ultimatoss decisórios, já que natural o desenvolvimento e a alteração jurisprudenciais; ao contrário, a problemática deriva da ausência de um mínimo de certeza decisória do STF. Como resultado, este perfil do tribunal coloca em risco a segurança jurídica do jurisdicionado.

Melhor examinando, pode-se dizer que as normas e as decisões judiciais criam situações jurídicas subjetivas ao jurisdicionado, que são constitucionalmente garantidas (Silva, 2015). Ou seja, a segurança jurídica dos direitos subjetivos que o indivíduo adquire e passa a possuir, os quais alicerçam-se nas expectativas assentadas a partir da legalidade, faz parte do plexo de direitos fundamentais do sujeito. Seguindo o entendimento de Silva (2015, p. 436), os direitos subjetivos recebem “proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa”. Aliás, a segurança jurídica surge como elemento intimamente jungido à ideia de Estado de Direito, eis que decorrente da submissão do poderio estatal à soberania popular (Ferreira Filho, 2010).

Como colocam Mendes e Branco (2020), a segurança jurídica deriva de elementos relacionados à boa-fé do sujeito, a confiança depositada na estabilidade da situação fática vivida e a esperada inalterabilidade no decurso do tempo. De tal forma, afirma-se pela indispensabilidade de que as normas e decisões estatais propiciem um mínimo de certeza ao indivíduo, seja nas relações entre os particulares, como dele com o Estado.

É por isso a necessidade de que as decisões judiciais resguardem a mesma expectativa do jurisdicionado com o resultado decisório para, inclusive, permitir a confiabilidade do indivíduo nas instituições de justiça. Como pontuam, novamente, Mendes e Branco (2020, p. 413), as mudanças de entendimentos jurisprudenciais “podem causar ofensa à segurança jurídica se não acompanhadas de providências adequadas”, na medida em que são capazes de “ferir o princípio da confiança das expectativas”, então pautadas e organizadas na jurisprudência anterior.

Retomando o objeto pesquisado, percebe-se que, enquanto instituição protetora dos direitos fundamentais, o STF revolveu-se, significativamente, sobre o entendimento acerca do momento de execução da pena de prisão, seja no rito comum ou especial do júri. Parece surgir com isso, minimamente, limitações à segurança jurídica do jurisdicionado, caracterizada pela quebra na expectativa de certeza sobre a interpretação da norma (Mendes, Branco, 2020; Silva, 2015).

Ao cabo, porque mina a expectativa de certeza na posição jurisprudencial do STF, prejudica a segurança jurídica do jurisdicionado. De tal forma, pode-se afirmar que o imediato cumprimento da pena definida pelo conselho de sentença, a partir do provimento do Recurso Extraordinário n. 1.235.340, fragiliza os elementos da boa-fé, a confiança institucional e a expectativa de inalterabilidade normativa ao longo do tempo. Mais que isso, ao problema apresentado, pode-se colocar outra questão: se o princípio da vedação ao retrocesso impediria a mudança do entendimento até então firmado pelo STF sobre o início do cumprimento da prisão-pena.

3.2. Pode-se falar da vedação ao retrocesso em caso de alteração do marco inicial do cumprimento da pena?

A Constituição Federal brasileira definiu que o estado de inocência do sujeito passivo da persecução penal finda com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora este marco seja bem definido, o STF discutiu, por inúmeras vezes ao longo das mais de três décadas do texto constitucional, qual seria o momento para iniciar-se o cumprimento da pena. Atualmente, está analisando se o princípio da soberania dos veredictos autorizaria o cumprimento da pena após a condenação em 1ª instância pelo tribunal do júri. A última decisão referente à matéria é proveniente do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, nas quais definiu-se que o início do cumprimento da pena deve ocorrer ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A partir deste julgamento, o direito fundamental à presunção de inocência passou a assegurar ao jurisdicionado, que eventualmente seja inserido no polo passivo de uma persecução criminal, a garantia de não ser considerado culpado e, consequentemente, de não iniciar o cumprimento da pena até o marco definido pela Constituição. A proteção até o trânsito em julgado se estende aos acusados de todos e quaisquer crimes, como os delitos dolosos contra a vida, próprios do âmbito do tribunal do júri.

Neste artigo, defende-se que o princípio da vedação do retrocesso, fundamentado na concepção universal e indivisível dos direitos humanos, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil que preveem a progressividade desses direitos e nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, especialmente os da segurança jurídica, boa-fé e confiança, que permeiam a relação entre cidadão e Estado, deve ser amplamente aplicado. Esse princípio não deve se limitar apenas a evitar mitigação dos direitos sociais; deve se estender a todos os direitos

fundamentais estabelecidos tanto constitucional quanto internacionalmente, bem como deve ser dirigido a todos os Poderes do Estado.

Nesse sentido, uma nova alteração pelo STF do marco de início do cumprimento da pena, transferindo-o do trânsito em julgado para a condenação em 1ª instância no tribunal do júri, representa um grave retrocesso no âmbito do direito fundamental à liberdade individual e à presunção de inocência. João Henrique Martini (2022, p. 120-121) compreende que o princípio da vedação do retrocesso pode ser instrumento apto a defender o conteúdo civilizatório já “conquistado” em tema de presunção de inocência. O princípio pode servir como forma de autovinculação e de autocontenção do STF, estabelecendo formalidades mais rigorosas para que a corte possa superar o próprio precedente (Martini, 2022, p. 120-123).

Considerações finais.

O Estado Democrático de Direito, como produto de um processo histórico construtivo, deriva, em sua gênese, de direitos e garantias fundamentais, os quais a partir de uma relação simbiótica possuem o propósito primeiro de proteger o indivíduo do exercício autoritário de poder, destacando-se nesse âmbito o plexo de direitos processuais penais componentes desta estruturação democrática do Estado. Daí extraindo, por conseguinte, a centralidade de tais garantias para resguardar e tutelar, ao final, a liberdade do indivíduo.

Sob este prisma, dentre a gama de direitos e garantias previstos como verdadeiros diques de contenção do poder punitivo, imperioso realçar a relevância do princípio da presunção de inocência, seu conteúdo material, bem como seu limite e alcance dentro de um processo penal que se pretende democrático. Como exposto no presente artigo, o princípio da presunção de inocência está previsto constitucionalmente (Art. 5º, inciso LXII, CF) e é considerado, dentro de uma estrutura acusatória de processo penal, como princípio fundante. Seu conteúdo material revela *prima facie* sua importância como regra probatória, de julgamento e, sobretudo - para a finalidade do artigo - de tratamento.

Como garantia evidente de segurança e defesa social, para além da proteção do indivíduo, é certo que possui como marco temporal final definido pela Constituição Federal o trânsito em julgado, ainda que, por vezes, a Corte Suprema busque flexibilizar e dar interpretação diversa, de forma a preterir o texto da Carta Política e violar o princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso, como observado nas diversas viradas jurisprudenciais no transcorrer dos anos.

Todavia, conforme verificado, o princípio da vedação do retrocesso, extraído do texto constitucional e do sistema internacional de proteção de direitos humanos, se mostra instrumento utilizável não somente para impedir a supressão dos direitos sociais, mas de todos os direitos humanos, pois reforça a universalidade e a indivisibilidade desses direitos em prol de uma proteção completa do jurisdicionado.

O presente artigo buscou expor, ainda, o percurso da evolução da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência nas decisões do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente a oscilação de entendimento da Suprema Corte a respeito do marco temporal final, até desaguar no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.235.340, no qual se discute a possibilidade de execução antecipada da pena nas condenações prolatadas pelo conselho de sentença, independente da pena privativa de liberdade fixada, desconsiderando a decisão do pleno pela constitucionalidade do Art. 283 nas ADC's 43, 44 e 54 em 2019.

Averiguou-se, ainda, o fato de que a Suprema Corte, não obstante possua a incumbência última de proteção aos direitos fundamentais, mais precisamente das garantias processuais penais, sua natureza decisória acaba por flexibilizar a sedimentação de garantias já conquistadas, na medida em que, em caso de procedência do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, certamente prejudicaria a segurança jurídica do jurisdicionado, bem como os elementos da boa-fé, a confiança institucional e a expectativa de inalterabilidade normativa ao longo do tempo.

Verificou-se, portanto, que ao fazer uma análise da possibilidade de execução antecipada da pena ainda em primeiro grau, transferindo-se o marco temporal final previsto constitucionalmente (trânsito em julgado) para a decisão do Conselho de Sentença, como debatido no Recurso Extraordinário n. 1.235.340, é certo que representaria um grave retrocesso no âmbito do direito fundamental à liberdade individual e à presunção de inocência, vez que a Corte Suprema estaria facultando interpretação restritiva e equivocada ao princípio fundante do processo penal, em nome de uma retórica “luta contra a impunidade” e maior “eficiência penal”, concebendo finalidade inadequada ao modelo constitucional de devido processo penal.

Referências.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Parecer jurídico. Revista Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em 23 de ago. 2023.

BORGES, Paulo César Corrêa. **A Tutela Penal dos Direitos Humanos**. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, n. 134, p. 82-88, jul. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Paulo-Correa-Borges/publication/268026035_A_Tutela_Penal_dos_Direitos_Humanos/links/5cb45e6f92851c8d22ec4ee4/A-Tutela-Penal-dos-Direitos-Humanos.pdf. Acesso em 29 de ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 de dez. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n.º 111.960/SC**. Brasília: Relator: Ministro Nefi Cordeiro. J. em 04 jun. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1834260&num_registro=201901195953&data=20190611&peticao_numero=201900298771&formato=PDF. Acesso em 20 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43**. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 7 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 26 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44**. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em 26 de ago. 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54**. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>. Acesso em 26 de ago. 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 84.078**. Brasília: Relator: Ministro Eros Grau. J. em 05 abr. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em 25 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 118.770**. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 07 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311647767&ext=.pdf>. Acesso em 30 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 126.292**. Brasília: Relator: Ministro Teori Zavascki. J. em 17 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em 25 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 164.493**. Brasília: Relator: Ministro Edson Fachin. J. em 23 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346606406&ext=.pdf>. Acesso em 27 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 193.726**. Brasília: Relator: Ministro Edson Fachin. J. em 08 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348171544&ext=.pdf>. Acesso em 27 de ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 1068 - Constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri**. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em 26 ago. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES JR., Aury. O erro lógico da prisão automática no júri: Tema 1.068 do STF. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/limite-penal-erro-logico-prisao-automatica-juri-tema-1068-stf>. Acesso em: 05 set. 2023.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 15 de jul. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>.

FUHRMANN, Italo Roberto. **O princípio da proibição do retrocesso social como categoria autônoma no direito constitucional brasileiro?** Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos. Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, v. 1, p. 45-81, 2014, p. 49-50.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. 1989. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), 1969.

MARTINI, João Henrique Imperia. **O princípio da vedação do retrocesso como instrumento de autovinculação do STF**: proteção da presunção de inocência das pessoas acusadas no processo penal. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. *In*: MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da (coords.). **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.

MELCHIOR, Antônio Pedro. **Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”**. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, Porto Alegre, 2020, p. 1059-1078.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José da Costa Rica”), 1969.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. *In* **Direitos Humanos**: volume I. Flávia Piovesan (Coord.) Curitiba, Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Globalização econômica, integração regional e direitos humanos**. *In* **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41.

RUBIO, David Sánchez. **Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos**. *Derechos y Libertades*, n. 33, junio 2015, p. 99-133.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf> . Acesso em 14 ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo Malheiros, 2015.

TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição brasileira**: sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.