

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Nairielle Fernanda Bizzi

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ANTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA APÓS EXAURIDO O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: UM
ESTUDO A PARTIR DE DECISÕES ESPECÍFICAS DO STF**

Santa Maria, RS
2016

Nairielle Fernanda Bizzi

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ANTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
APÓS EXAURIDO O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DE
DECISÕES ESPECÍFICAS DO STF**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof. Luiza Rosso Mota

Santa Maria, RS
2016

Nairielle Fernanda Bizzi

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ANTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
APÓS EXAURIDO O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DE
DECISÕES ESPECÍFICAS DO STF**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

**Luiza Rosso Mota, Ma. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)**

Valéria Tabarelli Brondani, Esp. (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul)

Leonardo da Cunha Kurtz, Me. (UNIJUI)

Santa Maria, RS
2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Altair Fernando e Rosele, que sempre me apoiaram incondicionalmente para que fosse possível eu alcançar todos os meus objetivos. Dedico também à minha irmã Ana Laura, por ser extremamente paciente e companheira em todos os momentos. Por fim, dedico aos professores e todos aqueles que cruzaram a minha vida acadêmica – principalmente à professora Luiza Rosso Mota pela confiança e incentivo em sua orientação e à Defensora Pública Valéria Tabarelli Brondani, a qual foi fonte de inspiração, aprendizado e admiração pelo profissionalismo que sempre apresentou – participando, de alguma forma, na construção desse trabalho e realização desse sonho.

EPÍGRAFE

*“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o
Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

(Eduardo Juan Couture)

RESUMO

A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA ANTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS EXAURIDO O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DE DECISÕES ESPECÍFICAS DO STF

AUTORA: Nairielle Fernanda Bizzi
ORIENTADORA: Luiza Rosso Mota

A atual conjuntura trazida pelo Estado Democrático de Direito evidencia, cada vez mais, a necessidade de proteção de garantias que asseguram direitos fundamentais do indivíduo em detrimento da força intervencionista estatal. Nesse contexto, insere-se a mudança de paradigma por parte do Supremo Tribunal Federal, trazida pelo Habeas Corpus nº 126.292, o qual determinou a possibilidade da execução provisória da pena após exaurido o duplo grau de jurisdição, constituindo um embate com o princípio da presunção de inocência, assegurado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Assim, o presente trabalho buscará apreciar as garantias constitucionais que amparam o sistema processual penal frente a esse novo posicionamento da Corte Suprema, contextualizando o princípio da presunção de inocência e delimitando seus desdobramentos. Ainda, serão feitas breves considerações acerca do acesso ao grau recursal extraordinário, posto que constitui um ponto central da problemática apresentada. Não obstante, serão analisadas decisões do STF consideradas históricas em relação à temática ora em apreço e qual a influência das mesmas nos outros tribunais, fazendo-se uma crítica ao novo precedente da Suprema Corte, considerando as consequências e repercussões que podem advir do mesmo. Para tanto, será realizada uma abordagem dialética, fazendo uso dos métodos monográfico e comparativo, a fim de explorar criticamente casos que embasem a questão levantada. Com efeito, a mitigação de uma garantia constitucional constitui um perigoso precedente e, portanto, o estudo deste trabalho vai se direcionar a uma proposta de visão mais garantista, com o implemento de uma interpretação menos reducionista das seguranças jurídicas.

Palavras-Chave: Presunção de inocência. Execução provisória da sentença penal condenatória. Supremo Tribunal Federal. Recursos Excepcionais.

ABSTRACT

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN FRONT OF THE PROVISIONAL EXECUTION OF PENALTY AFTER EXHAUSTING THE DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION: A STUDY FROM SPECIFIC DECISIONS OF FSC

AUTHOR: Nairelle Fernanda Bizzi

ADVISOR: Luiza Rosso Mota

The current conjuncture brought by the Democratic State of Law highlights, increasingly, the need of protection of the guarantees that secure fundamental rights of the individual over the interventionist state force. In this context, it is inserted the paradigm change by the Federal Supreme Court, brought by Habeas Corpus 126.292, which determined the possibility of provisional execution of the conviction sentence after exhausting the double degree of jurisdiction, constituting a clash with the principle of the presumption of innocence, assured in the article 5º, LVII, of the Federal Constitution. Thus, the present work will seek to appreciate the constitutional guarantees that support the criminal procedural system against this new position of the Federal Supreme Court, contextualizing the principle of presumption of innocence and delimiting its unfoldings. In addition, brief considerations will be made about the access to the extraordinary degree, since it constitutes a central point of the problem presented. Nevertheless, decisions of the Supreme Court will be analyzed, considered historical in relation to the subject under consideration, and what their influence in the other courts, by making a critique of the new precedent of the Supreme Court, considering the consequences and repercussions that may arise from it. In order to do so, a dialectical approach will be performed, using monographic and comparative methods, in order to explore critically cases that support the raised question. Indeed, the mitigation of a constitutional guarantee constitutes a dangerous precedent for other guarantees to be relativized, and, in this way, the study of this work will be directed to a proposal of a more guarantor vision, with the implementation of a less reductionist interpretation of legal securities.

Key-words: Presumption of innocence. Provisional execution of the condemnatory penal sentence. Federal Supreme Court. Exceptional appeals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....	11
1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUAS ESPECIFICIDADES	14
1.2 PANORAMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	22
1.2.1 Princípio da Presunção de Inocência: contextualização e desdobramentos	29
2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	33
2.1 O ACESSO AO GRAU RECURSAL EXTRAORDINÁRIO	36
2.2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU: POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
3 O RETROCESSO JURISPRUDENCIAL PROCESSUAL PENAL NO ÂMBITO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	56
CONCLUSÃO.....	66

INTRODUÇÃO

Sob o argumento de enfrentar a impunidade e buscando a desobstrução das Cortes Superiores, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, entendeu pela possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que ainda esteja sujeito a recurso especial e extraordinário. Tal decisão, apesar de suas razões compreensíveis, pode ensejar o desgaste de um sistema de Justiça com bases democráticas, limitando garantias constitucionais fundamentais e ampliando o poder punitivo do Estado, o que, evidentemente, configura um grave precedente e contrapõe valores essenciais em um Estado Democrático de Direito.

Ao discorrer sobre essa temática, levantam-se importantes questionamentos, seja acerca de sua exequibilidade ante a presunção de inocência do acusado ou diante de sua indispensabilidade frente ao sentimento de impunidade resultante da postergação do cumprimento de pena. Ocorre que essa dicotomia revela uma disparidade entre valores do sujeito em si e da sociedade como um todo, colocando em risco a permanência do modelo de justiça criminal racional, democrático e garantista, ante a ausência de uma solução que seja favorável, ao menos teoricamente, a ambas as partes envolvidas.

Note-se que a atual situação do país, em meio à seletividade do sistema criminal, por vezes, permite ao Estado agir com descuido em relação à dignidade da pessoa humana, afastando princípios que deveriam ser garantidos inclusive àqueles considerados criminosos, com a única finalidade de instrumentalizar o processo penal, fazendo destes sujeitos meros meios para realização de sua atividade-fim. Nesse contexto, salienta-se que na evolução da relação do indivíduo com o ente estatal, foi primordial a inserção de garantias que protegessem direitos fundamentais do indivíduo em contrapartida à força intervencionista estatal, perfazendo um garantismo constitucional reflexo do relacionamento que interliga processo e Estado.

Deve-se realçar que as garantias do acusado têm nível constitucional, sobressaindo-se sobre a lei ordinária e, em razão disso, há de ser feita uma adequação da lei processual penal de acordo com os princípios e regras constitucionais – adequação esta não apenas conforme a letra da lei, mas à luz do espírito da mesma. Diante disso, compreende-se que a mitigação de uma garantia constitucional constitui uma mola propulsora para que outras garantias venham a ser relativizadas e, dessa forma, a presente pesquisa vai se direcionar a uma proposta de visão mais garantista, através da análise de decisões específicas do Supremo Tribunal Federal,

desvelando a (in)viabilidade da descaracterização da presunção de inocência de um acusado, assegurada constitucionalmente, com o pretexto de buscar a eficácia da função punitiva penal e, conseqüentemente, atender ao clamor social.

Para auferir os resultados almejados, far-se-á o uso do método dialético como forma de abordagem, porquanto a questão levantada possui uma temática não somente relevante, mas que embasa um polêmico e contraditório debate jurídico, na medida em que contrapõe a efetividade do sistema de justiça e a razoabilidade da medida face às garantias constitucionais previstas em um Estado Democrático de Direito.

Ainda, o método de procedimento a ser utilizado na presente pesquisa será o monográfico, em razão da imprescindibilidade de se estudar casos que embasem a questão levantada, bem como de analisar os fundamentos e razões que norteiam a (des)necessidade da execução provisória da pena após o julgamento em segundo grau no cenário atual brasileiro, conforme apontamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Além desse, será utilizado o método comparativo, posto que será realizado um estudo acerca da contraposição entre decisões permissivas e proibitivas da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de segundo grau, apontando suas semelhanças, mas principalmente dando enfoque na desarmonia no momento de aplicação da pena efetivamente. Ou seja, salientando as discrepâncias entre as mesmas.

A realização da presente pesquisa também terá como base o uso de técnicas bibliográficas e documentais, buscando-se extrair reflexões e contradições referentes ao tema proposto. Através da técnica bibliográfica, serão analisadas diferentes obras e materiais já elaborados que contribuirão para a temática em tela, enquanto que, pela técnica documental, será feita uma pesquisa jurisprudencial e elaborada uma síntese dos resultados alcançados através da mesma, buscando-se medidas alternativas a esse embate constitucional e delineando as conseqüências da manutenção de tal orientação.

Para tanto, em um primeiro momento, far-se-á uma breve exposição acerca dos sistemas processuais penais existentes, detalhando suas evoluções históricas e especificidades. Posteriormente, ainda no primeiro capítulo, será realizada uma abordagem das garantias constitucionais no processo penal, enfatizando os desdobramentos do princípio da presunção de inocência. No âmbito da temática apresentada, torna-se essencial explorar essas garantias, principalmente a referente à presunção de inocência, interligando seus conceitos, de forma a conduzir a atuação estatal na defesa tanto do interesse coletivo quanto individual da forma mais proporcional e justa possível.

No segundo capítulo, a pesquisa fixará o olhar sobre a execução provisória da pena, através de um estudo das espécies de recursos cabíveis após exaurido o duplo grau de jurisdição, os quais, ao lado das garantias constitucionais, constituem o meio de proteção dos direitos fundamentais de quem está a sofrer a persecução penal, assim como configura um requisito de legitimação da execução penal.

Nesse mesmo capítulo, serão discutidos os fundamentos da mudança de precedente por parte do Supremo Tribunal Federal, verificando as discrepâncias entre as decisões atuais, permissivas em relação à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, e as antigas, proibitivas quanto à mesma matéria. Ademais, verificar-se-á, brevemente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente a essa mutação jurisprudencial e, por fim, será feito um exame dos reflexos jurídicos e sociais das decisões dessa mudança paradigmática.

Não obstante, o desenvolvimento do presente estudo condiz com os propósitos do Projeto de Pesquisa e Estudos em Sistema Penal e Criminologia (PESC), do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Isso revela a importância de discussão dessa temática não somente no âmbito profissional, como também na vida acadêmica, que propiciará a construção de um debate enriquecedor e reflexivo sobre a realidade vivida pelo Processo Penal brasileiro.

1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

A chegada do constitucionalismo nas sociedades contemporâneas e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito culminaram com o fecho do absolutismo e dos ataques contra direitos e liberdades individuais, prevalecendo uma ordem jurídica calcada no amparo e promoção de direitos fundamentais¹. Nesse viés, considera-se o surgimento das garantias constitucionais como um enorme avanço, que possibilitou aos indivíduos a viabilização e proteção dos direitos que são a eles conferidos.

A importância dada pela Constituição Federal do Brasil de 1988 às garantias constitucionais foi tão significativa que, em seu texto, a previsão das mesmas encontra-se no início, o que difere das antigas Constituições brasileiras. Tal situação não só demonstrou um abandono da ideia de descaso ideológico com o garantismo, como também configurou um embate com algumas normas do Código de Processo Penal vigente, o qual teve origem em um momento histórico marcado pelo autoritarismo, em que a figura do Estado se sobrepunha à do indivíduo². Seguindo esse pensamento, Piovesan afirma que:

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria da história constitucional do país. É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º)³.

A constitucionalização dos direitos fundamentais estabeleceu uma dupla vinculação dos poderes públicos, intimamente ligada à ideia de supremacia constitucional: no sentido negativo e no sentido positivo. Em relação à primeira, há a vedação da atuação estatal em desconformidade com os direitos fundamentais, o que configuraria inconstitucionalidade por ação. Já na vinculação no sentido positivo, há uma obrigação por parte dos poderes

¹ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 33.

² BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 1-6.

³ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades** nº 15. P. 128-146. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%20C3%20B1o%20N%20C2%20BA%2015%20202006/Flavi%20Piovesan%20e%20Renato%20Stanzola.pdf>> acesso em: 22 set. 2016.

constituídos de concretizar e efetivar os direitos fundamentais, sendo que, nesse caso, a sua inobservância caracterizaria inconstitucionalidade por omissão⁴.

É inegável que, em um Estado Democrático de Direito, como assim se intitula ser o Brasil, a supremacia constitucional é um mecanismo pelo qual se possibilita a proteção real de direitos e garantias de seus cidadãos. Essa mesma supremacia assegura a manutenção da estabilidade social, justamente através da noção de imutabilidade dos preceitos constitucionais, evitando o desgaste das liberdades conquistadas em face de clamores momentâneos conservacionistas⁵.

Nesse contexto, insere-se o garantismo, que visa a tutela de valores e direitos fundamentais, ainda que contrários ao interesse das majorias e do Estado. Entende-se que o mesmo busca “estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais”⁶. De acordo com as lições de Streck, o garantismo limita e disciplina os poderes públicos, sobressaltando os direitos fundamentais do cidadão frente ao poder estatal de punição⁷.

Após a discussão da imprescindibilidade da defesa das normas constitucionais insta ressaltar a natureza de garantias que os princípios que norteiam a sistemática processual penal, constantes no bojo da Constituição, assumem ao serem assegurados aos sujeitos de direito. Para o presente trabalho, far-se-á alusão, principalmente, ao princípio da presunção de inocência, mas não se abandonará a conceituação dos demais que, ao lado desse, constroem um senso de justiça calcado na defesa de garantias individuais.

No que tange às garantias constitucionais processuais, Coêlho sustenta que elas são:

os meios, instrumentos e procedimentos destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos. Estas consistem em instrumentos destinados a assegurar ao cidadão o direito a um processo justo, equânime e em tempo razoável, a fim de que a jurisdição do Estado seja efetivamente capaz de tutelar os bens da vida pleiteados, proporcionando ao jurisdicionado amplos meios de realizar sua defesa e de apresentar provas para comprovar a titularidade dos direitos que alega⁸.

⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

⁵ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 1-6.

⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. O Trabalho dos Juristas na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: da Utilidade de uma crítica garantista. In: **Doutrina (05)**. Rio de Janeiro: ID, 1996, p. 44.

⁸ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 48.

Dito isso, conclui-se que essas garantias são consideradas parâmetros para a legitimidade da atuação estatal, porquanto preceituam o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos contra possíveis ações estatais abusivas, constituindo-se, dessa forma, em vetores centrais para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito⁹. Com efeito, verifica-se que o panorama instituído pelo Estado Democrático de Direito propiciou ao Poder Judiciário o papel de personagem principal da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse âmbito, o sistema processual penal a ser escolhido em cada país acaba por divergir em razão desse aparato de garantias, de modo que se edifique a ponto de legitimá-las, construindo-se uma estrutura processual como garantia de implementação dos direitos fundamentais através de elementos normativos que sustentem sua existência e validade¹⁰.

A estrutura organizacional dos diferentes modelos de sistemas processuais penais se consubstancia em duas dimensões, uma programadora do controle penal, que irá definir o seu horizonte de projeção, e outra operacional, a qual ficará incumbida de efetivar o controle penal com base na programação do outro nível. Nesse âmbito, o sistema penal pode ser visto sob uma ótica bidimensional, incluindo, de um lado, as normas, e de outro, as ações e decisões¹¹.

No contexto ora apresentado, mostra-se que o direito penal pode assumir diversas facetas, mas, em relação ao tema proposto, indevida se torna sua função como impulsor da eficiência jurisdicional, porquanto, em realidade, deveria atuar numa frente de defesa de garantias constitucionais, do réu e da ordem social, conforme Baratta leciona que “a função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. [...] O direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa”¹². Consequentemente, observa-se que o sistema penal não pode partir de uma análise minimalista, estritamente jurídica, exigindo-se uma abordagem interdisciplinar, que enfoque diversas áreas, ponderando valores, sem, necessariamente, suprimi-los. Somente assim conseguirá retratar a realidade social da forma mais justa possível.

⁹ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 41.

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 48.

¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 176.

¹² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 221.

1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUAS ESPECIFICIDADES

Antes de se aprofundar no estudo dos sistemas processuais penais, faz-se mister, primeiramente, buscar o significado da palavra sistema dentro do Direito Penal. Ao se pesquisar sobre a sua definição, não é possível se encontrar uma posição pacífica na doutrina, entretanto, ao se juntar todos os pontos de convergência entre os conceitos encontrados, pode-se definir o sistema como:

a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente¹³.

Seguindo esse entendimento, Aury Lopes Jr. proclama que os sistemas processuais atuam como instrumentos de freio e repressão, estabelecendo uma política criminal reflexo das exigências estatais e sociais e compondo, dessa forma, uma resposta do processo penal para essas situações¹⁴. Já Rangel elucida que o sistema processual penal é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”¹⁵.

A partir dessas definições, entende-se que um sistema processual é composto de diversos elementos complexos e não somente de um único elemento identificador. Ainda, destaca-se o fato de que os sistemas são teoricamente considerados como tipos ideais, porém há quem proclame que “todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos; isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos”¹⁶.

Após esses apontamentos iniciais, é possível adentrar nas nuances dos sistemas processuais penais, especificando suas características e suas divergências, juntamente ao contexto histórico em que foram criados e mantidos. Assim, de início, retoma-se a existência de três espécies de sistemas processuais penais, quais sejam, o inquisitório, o acusatório e o misto. Torna-se evidente que o surgimento dos mesmos se deu, em um primeiro plano, por

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30-31.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 106-107.

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 45.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 set. 2016.

razões políticas, enquanto que, em um segundo plano – interligado com o primeiro –, as razões teleológicas, econômicas, filosóficas e sociológicas foram altamente relevantes para o seu desenvolvimento¹⁷.

O sistema processual penal inquisitório foi concebido durante os regimes monárquicos, prevalecendo no direito canônico e nas legislações dos países europeus do século XVI até o século XVIII¹⁸. Destarte, constitui um sistema processual que perdurou nas Idades Média e Moderna, nas quais a perseguição religiosa e política, bem como a repressão estatal eram constantes¹⁹.

A época de preponderância desse sistema está intimamente relacionada com o seu propósito principal, qual seja, a necessidade de se retirar dos particulares a função de acusar, tendo em vista que, por vezes, os mesmos não a exerciam, de modo que a impunidade, aos olhos do Estado, reinava. Ao se analisar o próprio nome do sistema – inquisitório –, percebe-se que se remete à Inquisição, um antigo tribunal eclesiástico que investigava e punia crimes contra a fé católica²⁰.

Em vista disso, nesse sistema, o próprio órgão que investiga, será o mesmo que acusa e julga, havendo, dessa forma, a acumulação de funções em poder de um mesmo ente, comprometendo a imparcialidade no exercício da justiça²¹. Sendo assim, há uma mudança radical na forma do processo, pois, segundo Lopes Jr., o que era um duelo leal entre acusador e acusado tornou-se um combate desigual entre juiz inquisidor e acusado, desigualdade manifestada nos poderes e oportunidades de ambos²². Como consequência dessa mutação, diminuiu-se o valor dado à pessoa humana, passando a mesma a ser um mero objeto de investigação e ocorrendo o desvirtuamento de seus direitos em busca da “verdade” a qualquer custo para reprimir possíveis crimes²³.

Com efeito, segundo Rangel, as principais características inerentes ao sistema inquisitivo são: hierarquização da jurisdição; presença do inquisidor, as funções acusar, defender e julgar se concentram nas mãos de uma pessoa, podendo o juiz iniciar, *ex officio*, a acusação; o acusado é tratado como um objeto da persecução e não como sujeito de direito,

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 45.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 466.

²⁰ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 46.

²¹ *Ibidem.*

²² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

²³ *Ibidem.*

estando desprovido das garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como sujeito à prisão durante o curso do processo e tortura como método de obtenção da verdade; o procedimento é sigiloso e escrito; o sistema de provas é o da prova tarifada, no qual a confissão é considerada a rainha das provas; o sistema de recursos reflete a forma hierarquizada de organização da jurisdição penal, havendo uma delegação de parcela da jurisdição do monarca a seus subordinados, que lhe é devolvida no momento do exame e julgamento do recurso²⁴.

Coadunando com as características suprarreferidas, Ferrajoli define o sistema inquisitório como “todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”²⁵. Já Foucault elucida o estado de subordinação do acusado como mero objeto processual nesse período, desprovido de qualquer direito de defesa, em que:

[...] era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa²⁶.

Ademais, em relação ao sistema de provas, reitera-se que o processo inquisitório tinha por finalidade buscar a verdade real, sendo que, para tanto, o acusado era submetido à tortura para obtenção da confissão. Neste contexto, a tortura se apresentava como um momento preparatório aos suplícios da pena e a confissão se assemelhava ao ato privado no qual o pecador admitia sua falta, buscando a redenção divina e assumindo as consequências advindas de sua ação²⁷. Note-se que a inquisição foi construída historicamente sobre os pilares da verdade real e da outorga de poderes instrutórios ao juiz, sendo a união de funções e a objetivação do sujeito passivo da persecução meras consequências desses vetores.

Andrade destaca o preconceito com o sistema inquisitivo em razão de seus elementos variáveis, os quais, segundo sua linha de raciocínio, podem ser encontrados em outros sistemas. Portanto, ao seu ver, o sistema inquisitivo não demonstrou total incompatibilidade com regimes democráticos, referindo que alguns países que adotam esse tipo de regime

²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 520.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 32.

²⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 20.

atualmente – como a Itália, a Espanha e a Alemanha –, apresentam traços típicos do sistema inquisitivo, que não se extinguíram com a Revolução Francesa²⁸.

Por outro lado, Rangel discorda desse posicionamento, concluindo pela plena incompatibilidade desse sistema com as garantias constitucionais asseguradas em um Estado Democrático de Direito, ao passo que o acusado só tem como seu defensor o próprio acusador, ferindo qualquer possibilidade de garantir a liberdade do indivíduo, motivo que considera ter colaborado com a derrocada desse sistema logo que se iniciou a Revolução Francesa²⁹.

O modelo inquisitório apresenta verdadeiro contraste com o modelo acusatório. Com efeito, Ferrajoli salienta a oposição dicotômica entre esses dois sistemas, restando em uma dupla alternativa: por um lado, haverá modelos opostos de organização judicial; e, por outro lado, métodos opostos de averiguação judicial³⁰. Não obstante, o mesmo autor alerta para o fato de que a escolha dos elementos teoricamente essenciais aos dois modelos seria condicionada por juízos de valor em face do vínculo existente no caso do sistema acusatório com o modelo garantista e, no caso do sistema inquisitório com o modelo autoritário e de eficiência repressiva³¹.

O modelo acusatório foi concebido no Direito Grego, em Atenas, tendo preponderado por determinado período e, somente com o advento dos governos monárquicos, surgiu o processo inquisitório que, posteriormente, se desmantelou e abriu, novamente, espaço para o sistema acusatório³². Inicialmente, pontua-se que “o Poder Judiciário, em um sistema processual penal acusatório, isto é, em um sistema no qual as funções de acusar (daí acusatório) e de julgar são atribuídas a órgãos distintos, não tem poderes investigatórios”³³. Nessa linha, o órgão acusador não coincide com o julgador, havendo uma separação equilibrada dos poderes exercidos ao longo da persecução penal, o que, evidentemente, já se distingue do modelo inquisitório.

Dessa maneira, considera-se acusatório o sistema que tem “o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento de um debate paritário, iniciado pela

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 328.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 47.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 564.

³¹ *Ibidem*, p. 519.

³² Na doutrina, não há um consenso sobre qual sistema processual é mais antigo. Entretanto, dentre os autores, observa-se que a maioria considera o modelo acusatório como precursor na Grécia Antiga.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção”³⁴. Outro elemento caracterizador desse sistema é o momento de início do processo, porquanto o mesmo só tem sua abertura, rigorosamente falando, com o oferecimento da acusação – diferentemente do modelo inquisitório, em que a abertura do processo se dava com a mera *notitia criminis*³⁵.

O sistema acusatório é, na visão de Lopes Jr., um “imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado”³⁶. Para o autor, esse modelo assegura a imparcialidade do julgador, ao mesmo tempo em que o tratamento digno do acusado, o qual abandona a imagem de mero objeto da persecução penal e assume uma posição de autêntica parte passiva do processo penal. Seguindo essa linha de raciocínio, Lopes Jr. levanta uma importante problemática quanto ao sistema acusatório. Para ele, a inércia do julgador amplia o rol de responsabilidades das partes, tendo em vista que as mesmas terão que apresentar os elementos probatórios, mas o Estado deve fornecer uma estrutura que garanta oportunidades e poderes iguais a ambas. Ou seja, deve haver um serviço público de defesa que faça frente ao serviço público de acusação.

Em decorrência do exposto até o momento, pode-se afirmar que o sistema acusatório é regido pelo princípio acusatório (ou dispositivo, como alguns doutrinadores costumam chamá-lo), pregando a exclusão da concepção de verdade real e de qualquer atividade instrutória por parte do juiz, a fim de assegurar sua imparcialidade, e deixando a gestão das provas nas mãos das partes. Isso é possível em razão da adoção do sistema de provas do livre convencimento, em que a sentença será baseada de acordo com as provas carreadas nos autos, estando o juiz livre na sua apreciação, porém sem se afastar do que consta no processo³⁷.

O princípio acusatório encontra ao seu lado a publicidade, oralidade e a liberdade pessoal do acusado como traços constitutivos do sistema acusatório. Prado afirma que “o valor do processo acusatório está na observação das regras, insensível à sobrecarga ideológica derivada da observação inquisitorial”³⁸, bem como que as estruturas processuais acabam por serem contaminadas pelas burocracias que constituem os Poderes Judiciários atuais, “de tal

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 519-520.

³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

³⁷ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 48-49.

³⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 102-103.

modo que a Justiça Criminal será mais ou menos acusatória, conforme forem mais ou menos favoráveis a isso as próprias burocracias estatais”³⁹.

A doutrina brasileira costuma divergir quanto à definição do modelo brasileiro de sistema processual. Alguns apontam a atuação do juiz criminal e os poderes atribuídos a eles como justificativa da conceituação do sistema processual penal brasileiro como de natureza mista, ou seja, com feições acusatórias e inquisitoriais. Enquanto isso, outros apontam a existência do inquérito policial na fase preliminar como indicativa do sistema misto. Todavia, outros se posicionam pelo reconhecimento de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.

O sistema misto, também conhecido por inquisitório reformado ou napoleônico, é considerado um meio termo entre os sistemas acusatório e inquisitório, no qual se fazem presentes características de ambos. Na linha de pensamento de Ferrajoli, o sistema misto ganhou vida com o Código Tertoriano em 1795 e com o Código Napoleônico em 1808, passando a ter

prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado de liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pela observância do contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase⁴⁰.

Grinover acredita que não existe sistema misto, apenas inquisitivo e acusatório, sendo que, no caso deste último, haveria uma divisão em *inquisitorial system* e *adversarial system*, os quais são modelos de produção de prova. No primeiro, as atividades probatórias recaem preferencialmente sobre o juiz, enquanto o segundo se caracteriza pelo processo e pela produção de provas serem conduzidos pelas partes, prevalecendo a passividade do órgão julgador. Assim, na concepção da eminente jurista, no Brasil vige um sistema puramente acusatório, mesmo com a adoção do *inquisitorial system*, pois este faz parte do mesmo sistema e não do inquisitório⁴¹.

No mesmo sentido, Rangel afirma viger o sistema processual penal acusatório, ao passo que se pode observar a entrega da função de acusar para um órgão privativo, qual seja,

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 153.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 522.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, n° 27, jul-set/1999. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/879424/mod_resource/content/1/U8%20-%20Grinover%20-%20A%20iniciativa...pdf>. Acesso em: 30 set. 2016.

o Ministério Público e, em casos específicos, o particular. Ainda, salienta-se a inexistência da figura do juiz instrutor, posto que a fase preliminar à propositura da ação penal é a do inquérito policial, na qual se colhem as informações/provas necessárias e é presidida por uma autoridade policial. Nesta fase preliminar, impera o sigilo e a inquisitividade, contudo, quando proposta a ação penal, o processo torna-se público e há presença do contraditório, bem como são asseguradas outras garantias constitucionais⁴².

Já Prado destaca a dificuldade em assinalar, precisamente, o sistema processual que vigora no Brasil. Conforme seu entendimento, ao se analisar as normas constitucionais que asseguram ao Ministério Público a ação penal pública privativa; que garantem aos acusados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, até o trânsito em julgado; que preveem a oralidade (ao menos para as infrações de menor potencial ofensivo) e publicidade do processo; bem como, aquelas que oferecem um julgamento por juiz competente e imparcial, surgirá como conclusão que a Constituição da República adotou o sistema acusatório⁴³.

Porém, o autor refere que “se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais”, notavelmente conclui-se que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória⁴⁴. Destarte, entende-se que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório, mas há formas inquisitórias que se fazem presentes no processo penal brasileiro, o que faz com que alguns doutrinadores considerem-no, na prática, misto.

Pontuando da mesma maneira, Nucci considera os princípios que norteiam o sistema e que se fazem presentes na Constituição Federal com inspiração acusatória, contudo, para o autor, é evidente que o corpo legislativo processual penal é constituído por institutos provenientes tanto do sistema acusatório quanto inquisitório, o que nos impulsiona a admitir como misto o nosso sistema⁴⁵. Divergindo desses posicionamentos, Lopes Jr. proclama que sustentar que sistema processual brasileiro atual é misto é um reducionismo ilusório, pois, na sua visão, não existem sistemas puros e todos são mistos⁴⁶.

Com efeito, o estudo dos sistemas reflete profundamente nas garantias procedimentais de acordo com a matriz inquisitória ou acusatória do processo ao qual pertencem e que, em

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 49.

⁴³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 195.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

conjunto, caracterizam. Sendo assim, o sistema acusatório tende a predominar nos países que possuem uma sólida base democrática, onde a liberdade individual é mais respeitada, enquanto o sistema inquisitório predominou em países mais autoritários, onde os direitos individuais quase inexistiam.

Nesse sentido, posiciona-se Carvalho:

Os dois extremos da resposta processual penal descritos apresentam, inexoravelmente, escopos diferenciados. O modelo garantista acusatório vincula-se à racionalidade do juízo, tendo como objetivo principal a máxima tutela das liberdades contra os poderes. O modelo irracionalista inquisitivo é isento de instrumentos de contenção à intervenção do poder punitivo, gerando sistema extremamente severo e incerto, incondicionado e ilimitado. A finalidade das diferentes sistemáticas é relativa à opção em sacrificar ou não a liberdade individual à possibilidade, ainda que remota, da inaplicabilidade da lei penal⁴⁷.

Em meio a esse assunto, destacam-se, além das acima citadas, as espécies de sistemas processuais penais e suas especificidades em relação ao princípio da presunção de inocência, uma garantia constitucionalmente assegurada. Internacionalmente, existem dois modelos de sistemas que ensejam a execução da pena: o do trânsito em julgado e o do duplo grau de jurisdição. Conforme leciona Gomes, no primeiro sistema somente após esgotadas todas as vias recursais, ordinárias e extraordinárias, poderia ocorrer o início da execução da pena, enquanto que no segundo se permite o início após o término do julgamento em segundo grau⁴⁸.

Finalizando esse tema, pode-se afirmar que é necessário se fazer uma releitura do processo penal brasileiro, independente da classificação dada ao seu sistema pelos juristas, como um instrumento de efetivação de garantias, conforme preconizado por Lopes Jr., tendo em vista que “somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional”⁴⁹.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 19.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7-8.

1.2 PANORAMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O exame das garantias constitucionais compõe um dos temas contemporâneos mais relevantes, pelo qual diversos autores buscam analisá-las juntamente da questão da efetividade da Constituição Federal frente à legislação infraconstitucional, às conceituações doutrinárias, bem como à jurisprudência. O panorama atual brasileiro vive um momento de mudanças políticas e sociais, e, por causa disso, há a necessidade de interpretação desses fenômenos na dimensão jurídica, que, na maioria das vezes, envolvem a questão das garantias.

A Constituição Federal de 1988 reconhece e garante direitos e liberdades do indivíduo, porém, no âmbito processual penal, existe uma dicotomia em razão da segurança pública, representada pelo confronto entre ideais de eficiência repressiva de um lado, e de proteção, afirmação e preservação das garantias do acusado de outro⁵⁰. É de extrema importância a leitura das normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais, verificando a adequação das mesmas à letra e ao espírito da Constituição, para evitar que se institua práticas eliminadoras do núcleo essencial de direitos assegurados na Carta Maior.

Nesse sentido, “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatidas – contra o abuso e o erro”⁵¹. Assim, o papel das garantias constitucionais é de legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a intervenção estatal na esfera individual, de modo que, se qualquer constrição de direitos vier a ser infringida, ela seja necessária, adequada e proporcional ao texto constitucional, porquanto a arbitrariedade não combate a criminalidade.

Ademais, as garantias constitucionais subdividem-se em gerais e especiais, ou melhor, em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo são as providências que, na Constituição, destinam-se a manter os poderes no exercício contrabalanceado de suas prerrogativas, enquanto em sentido estrito são os mecanismos de proteção constitucional aos direitos especiais do indivíduo, pertinentes à vida, liberdade e segurança⁵². Nesse ponto, ao se tratar, no presente trabalho, sobre as garantias constitucionais, estará se falando nos princípios constitucionais, pois os mesmos são como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos,

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 439.

⁵² COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.38-39.

seja em face do Estado ou de si mesmos, destinados a cumprir a missão de proteção e tutela dos direitos individuais.

Observa-se, ainda, o duplo caráter de ação dos princípios, de cunho tanto positivo quanto negativo. De cunho positivo, pois se impõem como diretivas tanto para a interpretação das normas legais quanto para a ação dos entes estatais. De cunho negativo, pois são limitadores, não permitindo a criação de restrições excessivas a determinados direitos fundamentais e impedindo a formação de normas contrárias ao conteúdo neles previsto⁵³.

Ressalta-se que os princípios constitucionais se colocam ao lado do direito de punir do Estado como fundamentos limitadores, estabelecendo suas finalidades e a extensão desse poder. Nesse sentido, leciona Lusi:

Os princípios constitucionais relativos ao direito penal e já examinados tendem todos a limitar a interferência penal, fixando-lhe fronteiras inderrogáveis. Expressam, a rigor, exigências do *Rechtstaats*, limitando a atividade penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito a liberdade e outras prerrogativas individuais⁵⁴.

Como se vê, as garantias constitucionais são instrumentos que visam resguardar a efetividade da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Na temática apresentada, são de extrema pertinência as garantias constitucionais processuais, as quais têm como finalidade promover um processo justo e que possibilita à jurisdição do Estado tutelar os bens da vida pleiteados⁵⁵.

Dentre as garantias processuais explicitadas na Lei Maior, dar-se-á ênfase, neste momento, àquelas que têm ligação com a temática apresentada, especificamente as do devido processo legal, da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e da dignidade da pessoa humana. Num próximo momento, será analisada com maior profundidade a garantia da presunção da inocência e as garantias instrumentais de liberdade, como o remédio constitucional do *Habeas Corpus*, em razão de serem as mais pertinentes com o presente trabalho.

A garantia do devido processo legal originou-se da cláusula *due process of law* do direito anglo-americano e está consolidada no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, dispondo que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem um

⁵³ LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio** – os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003, p. 72-73.

⁵⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 57.

⁵⁵ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 48.

processo prévio, em que estejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. O sentido do devido processo legal sofreu alterações através da sua interpretação evolutiva. Em um primeiro momento, significou garantia da legalidade, depois passou a ser garantia de um processo segundo a *common law*, e, posteriormente, garantia de justiça.

Deste princípio, derivam-se diversos direitos do acusado como o direito de ser ouvido pessoalmente frente ao juiz, o direito de acesso à defesa de qualidade, o direito ao duplo grau de jurisdição, direito de propor revisão criminal, direito à observância do rito processual estabelecido por lei⁵⁶. O devido processo, como visto, consubstancia-se numa série de garantias das partes e do próprio processo, assegurando amplamente os interesses das partes em conflito e a aplicação justa da lei⁵⁷. Ainda, o devido processo legal é considerado o gênero, das quais as demais garantias processuais são espécies, sendo que o primeiro apenas se verifica quando os demais estão presentes⁵⁸.

Não se deve confundir essa garantia com a proteção ao formalismo. Pelo contrário, ela apenas tem como finalidade respaldar o conteúdo democrático do processo penal, funcionando como um freio constitucional aos procedimentos estatais⁵⁹.

Já o princípio da legalidade atua como um escudo contra possíveis abusos de poder que vierem a serem praticados pelo Estado em virtude da sua posição de superioridade diante dos cidadãos. O ilustre Paulo Bonavides ressalta a importância dessa garantia no seio de uma sociedade democrática:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas⁶⁰.

Em um Estado Democrático, observa-se a incessante busca pela efetivação desse princípio, o que ocorre, por exemplo, através da criação de instrumentos de controle de constitucionalidade, em razão da supremacia da Constituição Federal em detrimento das leis

⁵⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 25-28.

⁵⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 35.

⁵⁸ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 53.

⁵⁹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**: Visão constitucional e novas tendências. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 30-31.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 140.

infraconstitucionais que venham em sentido contrário ao que a mesma disciplina. Não obstante, no campo do Direito Penal, essa garantia assegura a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, bem como garante que o cidadão não seja submetido a coerção penal distinta da disposta em lei. Dessa forma, assegura além da taxatividade da lei penal, a irretroatividade da mesma – salvo quando benéfica –, conforme o art. 1º, do Código Penal, e art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal⁶¹.

Com efeito, o princípio da legalidade ou princípio da reserva legal, como também é conhecido, constitui uma restrição ao poder punitivo estatal, bem como não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume habilitem o poder punitivo, justamente em respeito ao princípio ora analisado. Assim, essa garantia é erigida no sentido de tutela do cidadão, para que este seja capaz de conhecer suas obrigações, de se portar conforme o esperado, como também de saber aquilo que pode realizar – ou seja, que não é proibido por lei⁶².

Já o princípio constitucional da ampla defesa está previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, garantindo aos litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como aos acusados em geral os meios e recursos inerentes a uma defesa de qualidade quanto à imputação que lhes foi feita. Consideram-no um dos retratos característicos do garantismo, porquanto a atuação da jurisdição pode provocar efeitos nos sujeitos passivos da relação processual e nada mais justo do que garantir aos mesmos a figura da ampla defesa como uma forma de evitar que esses efeitos alcancem abrangência maior do que a permitida constitucionalmente⁶³.

Imprescindível referir que esta garantia compreende o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legalmente obtida ou produzida. Num primeiro momento, envolve a necessidade do réu ter conhecimento dos atos do processo, para que, dessa forma, possa exercer sua defesa. Já a audiência bilateral envolve a contraditoriedade, na qual as partes serão ouvidas pelo juiz, participando da formação do seu convencimento e fornecendo as suas razões, através da defesa de seus próprios interesses. Por último, há a faculdade conferida às partes de produzir e levar ao processo provas que considerem

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

⁶² COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 49-50.

⁶³ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 42-43.

necessárias para demonstrar a verdade dos fatos que alegam, contudo, devem as mesmas ter relevância e pertinência com o fim desejado e não podem ter sido obtidas por meios ilícitos⁶⁴.

De outro lado, deve-se entender o direito de defesa em um duplo aspecto. O primeiro é subjetivo, consistente na faculdade de derrogar a imputação que foi deduzida em juízo. No aspecto objetivo, fala-se na defesa propriamente exercida, seja pela autodefesa, defesa técnica (assegura a paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório) e direito de produzir provas, como já exposto⁶⁵.

Nos últimos anos, notou-se a larga influência desse preceito constitucional no processo penal, nos pronunciamentos dos tribunais e nas reformas legislativas. Percebe-se, de certa forma, uma importante evolução do ordenamento no sentido de se legitimar de uma forma mais ampla o exercício de defesa.

A garantia da ampla defesa guarda estreita ligação com a do contraditório, a qual também está prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Entretanto, comparando ambas garantias, a do contraditório tem maior abrangência, alcançando tanto o polo defensivo quanto acusatório. Trata-se do “direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se a respeito e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional”⁶⁶. Ocorre que, apesar de sua natureza constitucional, o contraditório é mitigado em determinadas situações, sendo chamado de contraditório diferido, tendo em vista que há uma postergação da ciência ou impugnação do acusado quanto a certos pronunciamentos judiciais para momentos posteriores⁶⁷.

O contraditório baseia-se no binômio informação-reação, de modo que as partes tem ciência a respeito de alegações realizadas pela outra parte, ou por terceiros, podendo, assim, contra-argumentar. No processo penal, é imprescindível que

a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo

⁶⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 43-44.

⁶⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 38-39.

⁶⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁷ *Ibidem*.

mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares⁶⁸.

Não se pode olvidar que existe uma discrepância no tratamento dado a essa garantia no processo penal e no civil ou trabalhista, em virtude dos direitos que estão em jogo, os quais, no processo penal, são indisponíveis – direito de punir e de liberdade –, devendo, portanto, haver um equilíbrio entre acusação e defesa⁶⁹. O contraditório, então, exige a participação em simétrica paridade, não somente garantindo o direito à informação e reação, mas a oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão⁷⁰. Junto ao princípio da ampla defesa, o contraditório constitui a parte fundamental do processo e, mais precisamente, do processo penal.

Não se limita apenas a esse binômio suprarreferido, indo, na realidade, muito além, posto que visar propiciar o acesso e participação efetivos das partes em todos atos processuais, na produção das provas e na construção da convicção do magistrado⁷¹. Desse princípio decorre a igualdade processual, ou seja, “a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham”⁷².

Finalizando a matéria referente a essa garantia, pontua a visão moderna da mesma que é fundamental a participação ativa e vigilante do juiz, a fim de garantir a isonomia entre os sujeitos processuais acima mencionada. Esse ativismo judicial busca identificar a defesa deficiente e compensá-la com a realização de diligências importantes para a defesa, parte hipossuficiente no processo penal, ao passo que “se busca na persecução penal a verdade constitucional possível e não o massacre estatal frente ao cidadão”⁷³.

Dentro, ainda, das garantias processuais, visualiza-se a do duplo grau de jurisdição, que se concretiza através da interposição de recursos, possibilitando que determinados órgãos do Poder Judiciário revisem as decisões proferidas por juízes ou tribunais que estejam sujeitos a sua jurisdição. Não há previsão expressa desse princípio, mas a Constituição Federal o

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 68

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43.

⁷¹ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 55-56.

⁷² MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 43.

⁷³ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 44-48.

incorpora implicitamente, como, por exemplo, mediante as regras de competência dos órgãos do Poder Judiciário⁷⁴.

Deixando de lado essas garantias eminentemente processuais, adentra-se numa garantia constitucional relacionada intimamente com o subjetivo do indivíduo, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O constituinte de 1988 centralizou a dignidade da pessoa humana como o fundamento principal do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Restou reconhecida na dignidade pessoal “a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio”⁷⁵.

A dignidade é vista como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se em um estado mínimo que todo estatuto jurídico deve proteger, de modo que o ser humano é colocado como o centro e o fim do direito. Os direitos advindos da dignidade humana, como já dito, são inerentes às pessoas, ou seja, independem de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica. Por essa razão, são oponíveis ao Estado, à comunidade internacional, assim como aos demais indivíduos do grupo social⁷⁶.

Para Kant, a dignidade constitui um valor incondicional e incomparável, com um caráter único e insubstituível, ilustrando seu pensamento a contrapondo ao preço: “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”⁷⁷. No Brasil, onde grande parte da população carece dos bens e serviços mais básicos, o princípio da dignidade serve de fundamentação de direitos prestacionais exigíveis do Estado, havendo a busca por resposta através de sua defesa, porquanto “dignidade da pessoa humana sem a devida defesa é veículo sem combustível”⁷⁸.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana implica num tratamento de respeito com o indivíduo, a fim de eliminar qualquer forma de degradação da pessoa por parte do Estado. Ocorre que, no contexto brasileiro atual, esse valor é constantemente violado, devendo-se entender que não se pode proceder à classificação do ser humano. O que se quer dizer é que o Estado Democrático de Direito deve funcionar como um escudo às violações, mesmo em se tratando de acusados de delitos, por vezes marginalizados na sociedade. O ser

⁷⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 45.

⁷⁵ AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 66.

⁷⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 29.

humano, independente de qualquer crime que lhe seja imputado, tem a sua dignidade amparada constitucionalmente⁷⁹. Assim, “somente com a incessante luta fundada no respeito integral do princípio da dignidade da pessoa humana é que o sonho de uma sociedade madura em suas pretensões será atingido”⁸⁰.

2.2.1 Princípio da Presunção de Inocência: contextualização e desdobramentos

Dentre as garantias expostas, a de maior relevância dentro da temática apresentada é a da presunção de inocência, que explicita a inadmissibilidade de consideração prévia da culpabilidade do acusado, condicionando esse momento após o trânsito em julgado do pronunciamento jurisdicional condenatório⁸¹. Destaca-se que “o estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência”⁸², sendo que esse estado de inocência é indisponível e irrenunciável, de modo a se tornar uma parte integrante da natureza humana, fazendo jus a absoluto respeito de modo a contemplar o princípio constitucional regente no qual se interliga, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

No âmbito pátrio, a previsão da presunção da inocência do indivíduo – no art. 5º, LVII, da Constituição Federal – ostenta uma conotação tanto frente ao direito penal quanto ao direito processual penal. Dessa forma, a garantia abordada se caracteriza por ser um instrumento limitador do poder punitivo do Estado, ao passo que o condenado somente passará a cumprir sua pena definitivamente quando não houver mais nenhum meio impugnativo a ser empregado. Portanto, essa garantia além de ser um direito fundamental do cidadão, reconhecido na comunidade internacional, é preceito constitucional que assegura e concretiza direitos individuais⁸³.

Esse princípio, devido a sua significativa importância, acabou por ter seu reconhecimento em organismos internacionais, de modo que influenciaram diplomas constitucionais, visto que não só configura um direito individual, como também um

⁷⁹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003, p. 26.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁸¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014, p. 14.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Capítulo Princípios Constitucionais Penais e Enfoques Penais. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/cfi/6/24!/4/24/4/2@0:0>>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁸³ CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 244-255.

instrumento assegurado da liberdade física do cidadão contra abusos e ilegalidades que podem vir a ocorrer⁸⁴.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º, assim expõe: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”. A partir dessa previsão, passou a ser reconhecido na sociedade internacional pela sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º).

O Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo Brasil por meio Decreto Federal nº 678/92, dispõe no art. 8º, §2º, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”. Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, introduzido no Brasil através do Decreto Federal nº 592/92, consagrou em seu art. 14, nº 2, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ao se analisar as declarações e tratados que foram recepcionados pelo Brasil, equivalendo-se a norma constitucional, conforme inteligência do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, nota-se a presença de diversos dispositivos referentes à presunção da inocência. Nesse contexto, o primeiro documento efetivamente adotado pelo Brasil que expressou essa magna garantia foi a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948. Mesmo que, juridicamente, não exista nenhuma obrigação para os estados signatários, porquanto a Assembleia Geral que a proclamou não tem competência legislativa e não há previsão de sanções para o desrespeito de direitos ali assinalados, prevalece uma obrigação moral, em razão do compromisso assumido pelo Estado perante a sociedade internacional bem como seus nacionais⁸⁵.

Apesar de ter sido assinada pelo Brasil num período em que o Código de Processo Penal de 1942 também coexistia, um instrumento que tinha como finalidade abolir a primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela estatal, no campo processual a DUDH afirmou diversos direitos dos condenados presos e dos acusados. Assim, passou-se a buscar a retirada do estigma de inimigos da sociedade destes e respeitá-los como indivíduos que precisavam do

⁸⁴MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014, p. 100.

⁸⁵CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 131.

Estado e da proteção da lei, para que, ao menos, pudessem se defender e ter uma aplicação justa de pena⁸⁶.

Ultrapassando essa contextualização histórica, a doutrina frequentemente afirma que o princípio da presunção de inocência impõe ao Poder Público o cumprimento de dois preceitos: um de tratamento e outro de fundo probatório. O primeiro refere-se ao fato de que o réu, durante o iter persecutório, não poderá sofrer restrições pessoais fundadas apenas na possibilidade de condenação. O segundo estabelece que o ônus da prova da existência do fato e sua autoria recaem sobre a acusação⁸⁷.

Entretanto, não se pode confundir a presunção de inocência com o *in dubio pro reo*. Apesar de serem ambos do gênero *favor reo*, o primeiro está ligado à liberdade individual e tem incidência processual e extraprocessual, enquanto o segundo provém do instituto da prova na conjuntura processual penal e, em razão disso, incide apenas processualmente, quando houver dúvida por parte do juízo em relação às provas que foram apresentadas no processo, de modo a contemplar uma interpretação que beneficie o acusado⁸⁸.

Não bastasse o já exposto, vislumbra-se que a privação da liberdade individual depende não somente do devido processo penal, mas também do pronunciamento condenatório acobertado pelo trânsito em julgado formal, que se perpetua após a preclusão das vias recursais. Desse entendimento, extrai-se que qualquer prisão que for anterior a essa preclusão, poderá ser considerada inconstitucional e antijurídica em razão da presunção de inocência do acusado, com ressalvas que serão a seguir expostas⁸⁹.

Essas exceções são conhecidas por medidas cautelares pessoais, como a prisão provisória, custódia anterior ao trânsito em julgado, e a liberdade provisória, instituto que explicita medidas cautelares diversas da prisão⁹⁰. A prisão preventiva (art. 312, do CPP), a prisão temporária (Leis n° 7.960/89 e 8.072/90) e a prisão domiciliar (art. 317, do CPP), têm como escopo restringir a liberdade física do indiciado ou acusado, a fim de garantir a eficácia de medida persecutória, sem nenhuma equivalência com a prisão decorrente da decisão condenatória transitada em julgado. Nesses casos, a segregação do acusado ou indiciado se mostra necessária para o Estado alcançar o fim buscado no exercício da *persecutio criminis*⁹¹.

⁸⁶ CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil**: O conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 133.

⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

⁸⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014, p. 102.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 48.

⁹¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Op. cit.*, p. 102.

Não obstante, ao instituir que “ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente [...]” (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal), o legislador constituinte busca evitar prisões ilegais, deixando a cargo exclusivo do Poder Judiciário o controle sobre a liberdade inerente dos cidadãos⁹². Nesse sentido, observa-se que o princípio da presunção de inocência exerce uma função indispensável, ao condicionar que toda a privação de liberdade antes do trânsito em julgado tenha natureza cautelar, através de ordem judicial devidamente motivada⁹³.

Com efeito, a presunção da inocência foi criada como um meio assecuratório da liberdade individual, entretanto, ela dificilmente pertence a meta de política criminal do Estado, pois não é interesse deste em mantê-la como um dos pilares do Processo Penal, já que este é permeado por uma visão de proteção da sociedade e da paz social, em que o indivíduo é visto como um perturbador da ordem que deve ser contido⁹⁴. Assim, essa garantia pode sofrer influências do campo político que ensejam a sua inaplicabilidade ou, na melhor das hipóteses, sua minoração no momento de interpretação por parte do juízo, conforme será demonstrado no presente trabalho.

⁹² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014, p. 20.

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

⁹⁴ CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 299-304.

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Um ponto a ser salientado em meio ao conteúdo trabalhado é a conceituação da execução penal. Para os efeitos do tema levantado, considerar-se-á que “a execução penal, em sentido amplo, é a concretização do mandamento contido na sentença criminal, ou seja, o conjunto dos atos judiciais ou administrativos por meio dos quais se faz efetiva a sentença”⁹⁵.

A origem da palavra “execução” (*ex sequor, exsecutio*) pressupõe um seguimento após a cognição, o que traduz uma relação de consequencialidade⁹⁶. Nesse sentido, o pressuposto fundamental da execução penal é a presença de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria transitadas em julgado, bem como as decisões homologatórias de transação penal proferidas pelos Juizados Especiais Criminais.

Conforme prenuncia o art. 1º, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84⁹⁷), o objetivo da execução penal é efetivar e dar cumprimento às disposições de sentença ou decisão que tenham sido proferidas em sede juízo criminal, de modo a viabilizar uma harmônica integração social do condenado e do internado. Para fins de alcançar tal objetivo, a Lei ainda prevê, em seu art. 4º, que deve haver uma cooperação da comunidade, em razão da incapacidade do ente público de, por vezes, atender às demandas mínimas da população.

Na doutrina, não é pacífica a matéria acerca da natureza jurídica da execução penal, havendo quem diga que a mesma tem um caráter jurisdicional e outros que sustentam sua natureza puramente administrativa. Ocorre que, a posição majoritária estabelece que, em realidade, a execução penal é uma atividade complexa, interligando as esferas administrativa e jurisdicional⁹⁸. Grinover constata que:

na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais⁹⁹.

⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 238.

⁹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execuções Penais. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015, Capítulo Objeto e Aplicação da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6197-8/cfi/6/6>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Execução penal. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7, *apud*, AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, Capítulo Objeto e Aplicação da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6197-8/cfi/6/6>>. Acesso em: 07 out. 2016.

Enquanto isso, Marcão¹⁰⁰ contrariamente afirma que “a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve”. Concorde-se que, em verdade, a execução penal desempenha-se em ambos os planos, porém prevalece no jurisdicional, posto que apesar das providências ficarem a cargo de autoridades penitenciárias, o título que a execução tem como pressuposto é forçadamente cumprido somente através do Poder Judiciário.

Salienta-se, ainda, que ao se analisar o caráter jurisdicional da execução penal, observa-se a necessidade de atendimento a diversos princípios e garantias constitucionais – que se fazem presentes mesmo na atuação administrativa –, como os da legalidade, publicidade, oficialidade, imparcialidade do juiz, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Não só esses, também deve haver a observância de princípios mais ligados ao íntimo do sujeito de direito, como o da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, humanização e intranscendência da pena¹⁰¹.

É de notório saber jurídico que os processos criminais de conhecimento e o de execução diferem um do outro, sendo autônomos entre si. Como a sentença que determina a pena privativa de liberdade é um título executivo, permite, como consequência, quando transitada em julgado, a expedição da guia de recolhimento para a execução, nos termos do art. 105, da LEP¹⁰².

Note-se que a Lei de Execução Penal se aplica igualmente ao preso provisório, de modo a ser garantida a este a partir da condenação para possibilitar o acesso à justiça a fim do mesmo postular seus direitos referentes à execução penal, sem, no entanto, sofrer prejuízo no seu direito de recorrer. Caso contrário, manter a pessoa já condenada em unidade prisional destinada a presos provisórios, afastando-a da execução provisória da pena, constituirá um obstáculo ao pleno exercício dos direitos destes à detração penal, trabalho penitenciário, à remição de pena e visitação. Não somente nessas hipóteses, como também no caso dos condenados aos regimes aberto ou semiaberto de cumprimento de pena, a vedação da execução provisória ensejará a submissão destes a condições próprias do regime fechado¹⁰³.

Dito isso, faz-se necessário ressaltar que a execução provisória da pena visando o benefício dos réus já presos não se confunde com a execução provisória da pena, através da

¹⁰⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33.

¹⁰¹ *Idem*. **Execução penal**. Coleção Saberes do Direito 9. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

¹⁰² Art. 105. **Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

¹⁰³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento antes do trânsito em julgado, em desfavor daquele réu que se encontra solto durante o trâmite processual. A execução provisória da pena nesses casos em que ainda não houve o trânsito em julgado – na pendência de recursos extraordinário e especial –, centraliza uma problemática. No processo penal, contrariamente ao que ocorre no juízo cível em que a execução provisória contempla uma garantia real ou fidejussória, nada se pode fazer quanto ao período de encarceramento provisório ao ser provido o recurso excepcional ou concedida a ordem de *habeas corpus*¹⁰⁴.

Segundo Pacelli, há certas ocasiões em que não há dúvida quanto à autoria e materialidade do fato criminoso, bem como da sua qualificação jurídica, compondo os recursos extraordinários, nessas hipóteses, um meio protelatório do trânsito em julgado. O autor segue seu pensamento demonstrando que apesar do caráter protelatório nessas situações, em sua maioria, torna-se inadmissível a apreciação dos conteúdos desses recursos, posto que a limitação do recurso à via extraordinária pela necessidade de repercussão geral da matéria é um fator obstativo da apreciação de um recurso com essa finalidade¹⁰⁵. Em síntese, “a exigência do trânsito em julgado, portanto, surge como uma garantia, a exigir amplo e fundado conhecimento judicial. Não pode, entretanto, ser alçada à categoria do fetiche da verdade, como se esta estivesse mesmo ao alcance do Judiciário”¹⁰⁶.

Dentro desse contexto, é indispensável tocar no assunto referente ao objetivo da pena, o qual difere segundo a teoria adotada em cada país. Para a teoria absoluta ou retribucionista, a pena é caracterizada como forma de castigo, enquanto para a teoria relativa ou utilitária, a pena é vista como fator preventivo de desestímulo de determinada prática pela sociedade e de conscientização do sentenciado. Por outro lado, a teoria mista ou eclética conjuga todos esses pontos e acrescenta a finalidade ressocializadora da pena¹⁰⁷.

Ocorre que, no Brasil, essa finalidade ressocializadora é um total fracasso, fazendo com que o processo de execução seja responsável pelo aprisionamento do indivíduo, afastando os valores responsáveis pela individualização e proporcionalidade da pena ao colocá-lo em um sistema que apesar do objetivo ressocializador, fomenta a exclusão e marginalização. Em verdade, sabe-se que um dos maiores problemas enfrentados no país é a superlotação nas penitenciárias.

Apesar das críticas e de inúmeros relatórios internacionais feitos para denunciar essa situação alarmante, aparentemente inexistente vontade política e se sobressai a influência da

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 606-607.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ ISHIDA, Válter Kenji. **Prática Jurídica de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

posição retribucionista e do *less eligibility*¹⁰⁸, de certa forma que tanto o Estado como a sociedade apresentam uma visão conformista sobre o tema. Conforme leciona Roig, o estado de hiperlotação dos cárceres brasileiros, por si só, atesta a existência de tratamento desumano e a violação da Lei de Execução Penal (art. 40), da Constituição da República (art. 5º, III), da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, itens 1 e 2), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (arts. 7º e 10) e Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 5º e 9º)¹⁰⁹.

Na conjuntura trabalhada, deve-se atentar para o fato de que, por vezes, na instância superior, poderá ocorrer a absolvição do réu ou extinção da pena, sendo que, no geral, como retromencionado a prisão não cumpre uma função ressocializadora, servindo apenas como um meio de manutenção da estrutura social de dominação. Em vista disso, inserir uma pessoa ainda presumidamente inocente nesses centros de execução penal causa uma inabalável mudança no sistema social desse sujeito, posto que se já se estigmatiza o recluso definitivamente responsabilizado criminalmente, imagine-se os efeitos que poderá vir a constituir na esfera de um sujeito inocente.

2.1 O ACESSO AO GRAU RECURSAL EXTRAORDINÁRIO

De modo geral, os recursos “vão buscar seus fundamentos na necessidade psicológica, ínsita ao homem, de não se conformar perante uma única decisão”¹¹⁰. Fazem parte, na realidade, de um composto procedimental que visa evitar erros de julgamento, possibilitando uma melhor decisão e impedindo arbítrios, porquanto a decisão monocrática, proferida por apenas um indivíduo, está sujeita a falhas. Por essa razão, inclusive, os recursos foram sempre previstos na história do Direito, em todos os períodos e em todos os povos, a fim de que fosse possível o reexame das decisões proferidas no processo¹¹¹.

Como bem assinala Lopes Jr., “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado”¹¹². A falibilidade humana pode decorrer de um erro de aplicação (erro *in procedendo*, de natureza processual) ou até mesmo de interpretação da lei (erro *in iudicando*, de natureza material), fazendo-se necessária, ao menos, a possibilidade de reanálise da decisão pelo órgão que a proferiu ou por

¹⁰⁸ É um princípio que prevê que as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente precárias, a fim de preservar o caráter punitivo da sanção, o que revela a realidade da política criminal e penitenciária brasileira.

¹⁰⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 522-523.

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 605.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1151.

um órgão jurisdicional de hierarquia superior. Enquanto que a inconformidade do prejudicado justifica-se pela consciência dessa falibilidade.

O processo é um progredir ordenado, sempre no sentido da obtenção de uma sentença favorável à prestação da tutela jurisdicional buscada, sendo, dessa forma, o recurso uma espécie de retorno, no sentido de reflexo, sobre o próprio percurso do processo, para que se reexamine a legitimidade e os fundamentos da decisão impugnada. Melhor dizendo, é o direito público subjetivo de se pedir o reexame de uma decisão, em razão do inconformismo das partes, objetivando uma nova decisão diferente da anterior e, no plano jurídico ou prático, menos gravosa ou mais favorável¹¹³.

A natureza jurídica dos recursos provém da própria ordem constitucional, estando intimamente ligada com o princípio do duplo grau de jurisdição. Assinala-se que, salvo a Constituição de 1824, as demais não fizeram referência explícita a essa garantia, cuja existência no âmbito constitucional se extrai das regras do devido processo legal e da previsão de recurso especial. Nucci atribui o fundamento constitucional do recurso ao princípio do duplo grau de jurisdição, conforme leciona:

Trata-se de garantia individual do duplo grau de jurisdição, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior¹¹⁴.

Não obstante, constitui uma garantia judicial mínima, elencada no art. 8º, §2º, letra *h*, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a qual foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992, aplicando-se, dessa forma, no ordenamento brasileiro. Outrossim, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 prevê, no art. 5º, §2º, a conhecida cláusula de abertura que assim dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Demonstra, claramente, que o princípio do duplo grau de jurisdição pode e deve ser extraído da conjugação de outros dispositivos expressos ou implícitos da própria Constituição Federal, assim como também de outros textos em que o Brasil for signatário.

Destarte, é importante destacar que, pela sua natureza, o duplo grau de jurisdição não é absoluto, porquanto é passível de exceções, previstas, inclusive, no próprio texto

¹¹³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-20.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 868.

constitucional, como aquelas em que a Constituição declara aos tribunais superiores o exercício do grau único. Do mesmo modo, não se ignora que há decisões irrecuráveis, as quais também configuram exceções, mas que, caso ensejem grave ônus à parte, nada as impede que impetrem ações de impugnação autônomas como o mandado de segurança e o *habeas corpus*¹¹⁵.

Quando interposto o recurso, ficará o órgão jurisdicional *a quo* incumbido de verificar se deve ser ele processado e julgado, através da realização do chamado juízo de sua admissibilidade, verificando se estão presentes, no caso, os pressupostos objetivos e subjetivos de impugnação. Os pressupostos recursais subjetivos são a legitimidade, traduzida no art. 577, do Código de Processo Penal, e o interesse recursal (utilidade), conforme preconiza o art. 577, parágrafo único, do CPP¹¹⁶.

Outrora, os pressupostos recursais objetivos são o cabimento (taxatividade ou legalidade), o qual determina que para se recorrer faz-se necessária a previsão legal do recurso; a adequação, devendo haver correlação entre o recurso interposto e a decisão atacada; a tempestividade, a qual prevê que os recursos devem ser interpostos dentro do prazo legal, devendo o lapso temporal ser observado sob pena de não ser conhecido pela instância superior; a regularidade procedimental, através da observação das formalidades legais para o tipo específico de recurso; e inexistência de fato impeditivo, aquele que impede a interposição do recurso ou seu recebimento, ou extintivo, aquele que impede o conhecimento do mesmo¹¹⁷.

Ademais, faz-se necessária uma breve elucidação quanto às classificações dos recursos. Quanto à obrigatoriedade, há o recurso voluntário, aquele no qual a interposição é condicionada tão somente à vontade da parte, e o recurso de ofício, o qual se refere às situações de reexame necessário. Quanto às fontes informativas, há os recursos constitucionais, os quais têm suas hipóteses de cabimento contempladas na Constituição Federal, sem prejuízo de que outros aspectos estejam previstos na legislação infraconstitucional; e há os recursos legais, disciplinados do Código de Processo Penal e na legislação processual penal¹¹⁸.

Já quanto aos pressupostos de admissão, há os recursos genéricos, baseados no mero inconformismo da parte, sem exigir requisitos específicos para seu cabimento, e os recursos

¹¹⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1054-1055.

¹¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

¹¹⁷ SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos Recursos Extraordinário e Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47 e ss.

¹¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Op. Cit.*, p. 1055.

específicos, com requisitos próprios para sua interposição. Por fim, quanto à motivação, os recursos podem ser ordinários, impugnações que aceitam qualquer espécie de argumentação, ou extraordinários, nos quais há uma limitação quanto à argumentação a ser utilizada, sob pena de inadmissão ou não conhecimento da impugnação¹¹⁹.

O presente trabalho guarda estreita relação com os recursos extraordinários. Esses recursos são elencados também como excepcionais e são cabíveis após exaurido o duplo grau de jurisdição, sendo conhecidos por extraordinário e especial e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Antigamente, era previsto apenas o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, mas com o acréscimo demasiado de casos a serem julgados por essa Corte, a Constituição Federal de 1988 repartiu a competência e instituiu esses dois recursos, a fim de desobstruir a Corte Suprema e ensejar a celeridade processual do julgamento de tais recursos¹²⁰.

O recurso extraordinário tem sua origem influenciada pelo *writ of error* norte-americano¹²¹, sendo inserido em nossa legislação pelo Decreto n° 848, de 1890, em seu art. 9°, parágrafo único. A partir de então, esteve presente nas Constituições e nas leis brasileiras, com maior ou menor amplitude, como um modo de afirmação do regime federativo a fim de tutelar os mandamentos constitucionais¹²².

Apesar de o legislador constituinte não ter recepcionado a ideia do Supremo Tribunal Federal se transformar em uma Corte Constitucional, reservou o recurso extraordinário, que é de sua competência, apenas para questões constitucionais. Já, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, instituiu o recurso especial, com o objetivo de resguardar questões infraconstitucionais, que antes estavam previstas no âmbito do recurso extraordinário¹²³.

A previsão constitucional do recurso extraordinário está no artigo 102, inciso III, *a, b, c e d*, da Constituição da República, restando instituído um meio de controle difuso da constitucionalidade das leis. A Emenda Constitucional n° 45/04 trouxe alterações em relação à competência recursal e originária do Supremo Tribunal Federal. Quanto à competência originária, foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça a competência de homologar sentenças estrangeiras e conceder o *exequatur* às cartas rogatórias. Todavia, com referência à

¹¹⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1056.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹²¹ A Lei Judiciária norte-americana, de 1789, admitia recursos dos Tribunais Estaduais para a Corte Suprema, conhecidos por *writ of error*, com escopo de dirimir eventuais conflitos entre os Estados e a autoridade federal.

¹²² MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 687.

¹²³ *Ibidem*, p. 694-695.

mudança na competência recursal, restou incluída a alínea *d* no art. 102, III, da CF¹²⁴, que antes era de atribuição do STJ.

Assim, esse recurso destina-se à impugnação de qualquer decisão de única ou última instância que importe em violação da Constituição Federal. Nesse caso, busca garantir o prevailecimento da ordem constitucional vigente, evitando decisões atentatórias, tendo seu cabimento nos seguintes casos: quando houver ofensa a dispositivo ou princípio da Constituição Federal; quando a decisão declarar inconstitucional tratado ou lei federal; quando a decisão julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição Federal; ou, ainda, quando a decisão julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por outro lado, o recurso especial encontra previsão no art. 105, inciso III, *a, b e c*, da Constituição Federal, realizando, dessa forma, o controle difuso da legislação infraconstitucional. Seu cabimento, dessa maneira, ocorre em três hipóteses: quando houver contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal; quando a decisão julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal; e quando a decisão der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, nos termos das Súmulas 13 e 83 do STJ.

Para uma melhor compreensão dos recursos de índole extraordinária, como os suprarreferidos, faz-se mister entender que se trata de uma via excepcionalíssima de impugnação, posto que a regra é a solução jurídica nas instâncias ordinárias. Em razão disso, além dos pressupostos gerais de admissibilidade inerentes a qualquer recurso – cabimento, tempestividade, forma, interesse e legitimidade – há outros condicionamentos a serem observados na interposição desses recursos, sob pena de inadmissão.

Além das particularidades já levantadas, é imprescindível o prequestionamento da questão levada às Cortes Superiores. Esse prequestionamento é o enfrentamento, no acórdão impugnado, do tema jurídico alegado no recurso¹²⁵. Para tal finalidade, admite-se, inclusive, o manejo de embargos declaratórios para clarear a questão na decisão recorrida, incitando o tribunal *a quo* ao enfrentamento de temas faltantes, quando este deixar de se manifestar sobre todos os temas alegados no recurso interposto¹²⁶, atentando-se para a Súmula 98, do STJ.

Além do já exposto, essas impugnações somente poderão ser utilizadas quando já ocorreu a utilização de todos os meios ordinários de impugnação possíveis – o chamado

¹²⁴ Art. 102. [...] III [...] d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹²⁵ SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos Recursos Extraordinário e Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63 e ss.

¹²⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1180-1182.

esgotamento prévio das vias de impugnação¹²⁷. Nesse entendimento, os recursos extraordinário e especial apenas serão admitidos caso se trate das únicas ou últimas instâncias recursais possíveis ao sucumbente, de acordo com a inteligência das Súmulas 281 do STF e 207 do STJ.

A instauração dessa instância excepcional se restringe apenas a discussões a respeito de *quaestiones iuris* e o pronunciamento dessas somente se dá em questões envolvendo a aplicação e interpretação de regras federais – demonstrando a ofensa à lei federal ou CF¹²⁸, cumulado com o entendimento da Súmula 284, do STF. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, tendo seu espectro de cognição restrito aos lindes da matéria jurídica. Caso possibilitassem ao STF ou STJ o reexame de matéria de prova, estes seriam novas instâncias ordinárias e os recursos ora em análise ficariam despojados do seu caráter de excepcionalidade¹²⁹.

Destarte, inadmissível é o simples reexame de provas (Súmulas 279, do STF, e 7, do STJ), todavia não há o afastamento da reapreciação de fatos relacionados à disciplina legal da prova, nem atinente à qualificação jurídica de fatos assentados no julgamento de recursos ordinários¹³⁰. Já nos termos das Súmulas 283, do STF e 126, do STJ, se houver mais de um fundamento no acórdão impugnado, sendo cada um deles suficiente para sustenta-lo, os recursos extraordinários aqui citados devem enfrentar todos esses temas, caso contrário, não serão admitidos. Assinala-se que essa regra só se aplica quando o acórdão deliberou acerca de um tema jurídico sob a ótica de dois ou mais fundamentos legais distintos e não de dois ou mais temas jurídicos, sob a ótica de um determinado fundamento¹³¹.

No que concerne ao recurso extraordinário, ainda deve-se fazer presente a repercussão geral da matéria impugnada, prevista no art. 102, §3º, da CF. Esse pressuposto é uma sistemática de racionalização de julgamento de demandas repetitivas, implicando uma atuação compartilhada entre o STF e os demais juízos nacionais, visto que estes acabam por replicar a jurisprudência firmada por aquele e, portanto, ao se depararem com demandas que tenham controvérsias análogas às de processos-paradigmas passam a não admitir, declarar prejuízo ou

¹²⁷ SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos Recursos Extraordinário e Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 61-62.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 56-60.

¹²⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1883.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 265 e ss.

¹³¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Op. cit.*, p. 1883.

retratação. Esse procedimento favorece a qualidade dos julgamentos, interferindo em sua celeridade e na uniformidade jurisprudencial no território brasileiro¹³².

Este pressuposto, o qual é exclusivo para o recurso extraordinário e não irá se aplicar ao especial, não possui regulamentação específica em matéria criminal. O novo Código de Processo Civil¹³³ modificou o instituto da repercussão geral, conforme pode se depreender da regulamentação prevista no artigo 1.035 desse novo diploma, instituindo alterações em relação ao cabimento de impugnação contra as decisões das instâncias de origem que aplicam a sistemática da repercussão geral, o fim do duplo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, o estabelecimento de prazo para que o STF julgue os processos-paradigmas da repercussão geral e a possibilidade de desconsideração de vício formal de recurso tempestivo¹³⁴.

Com efeito, algumas dessas transformações constituem efetivas melhorias, entretanto, o Supremo Tribunal Federal agora precisa administrar uma massa de processos, em razão do cabimento tanto de reclamação quanto de agravo contra decisões das instâncias de origem que aplicam a sistemática da repercussão geral, o que, evidentemente, atrasará a racionalização tanto buscada por esse instituto.

Agora, no que tange aos efeitos desses recursos reside o maior problema atinente à execução provisória da pena, que é onde está centrado o trabalho em questão, porquanto, em matéria criminal, é previsto apenas o efeito devolutivo, sem estar nada expresso acerca do efeito suspensivo (art. 637, do Código de Processo Penal). Ocorre que o novo CPC instituiu a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo para os recursos extraordinário e especial¹³⁵, conforme se depreende da leitura do art. 1029, §5º, desse Código. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela possibilidade de execução provisória do julgado impugnado por tais recursos, ou, em situações que revelem a possibilidade dessa execução provisória causar ao recorrente dano de difícil ou incerta reparação, pode-se conceder medida acauteladora¹³⁶.

¹³² CARVALHO FILHO; José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

¹³³ BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

¹³⁴ CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Op. Cit.*

¹³⁵ O novo CPC dispõe, também, que cabe aos tribunais superiores o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais, bem como são eles competentes pela análise do pedido de efeito suspensivo.

¹³⁶ Atenta-se para o fato de que a execução de uma sentença no âmbito penal difere-se de todas as outras esferas, pois interfere diretamente na liberdade de um indivíduo e mais intimamente do que qualquer outra decisão.

Em síntese, de todo exposto, observa-se, portanto, que “a finalidade do recurso extraordinário (na expressão agora também compreendido o recurso especial) é a de assegurar a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais”¹³⁷.

Não obstante os recursos acima aludidos, faz-se necessário identificar uma ação de impugnação autônoma que, na maioria das vezes, desempenha um papel importante na absolvição ou modificação da situação jurídica dos réus nas instâncias superiores, qual seja, o *Habeas Corpus*. Conforme a doutrina¹³⁸, trata-se de um remédio constitucional que visa garantir a plena liberdade de locomoção do indivíduo, excluindo as restrições ou ameaças ilegais feitas à mesma. Não só isso, é uma ação de conhecimento de cognição completa e definitiva sobre a legalidade da apontada restrição, tendo como finalidade a obtenção de um provimento declaratório, constitutivo ou condenatório, que poderá transformar a condição do réu no processo mesmo após exaurido o duplo grau de jurisdição.

Embora esteja inserido entre os recursos no Código de Processo Penal, é verdadeira ação autônoma, podendo ser impetrado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão restritiva de direitos, como também pode ser usado como substitutivo do recurso cabível ou ser impetrado cumulativamente a ele¹³⁹.

São justamente os recursos e a ação de impugnação acima elencados que preservam ao réu o seu status de inocente, tendo em vista que possibilitam ao mesmo uma chance de se desvincular da penalização e ser absolvido. Nesta seara, a previsão dos mesmos representa, conjuntamente ao princípio da presunção de inocência, a proteção dos direitos fundamentais de quem está a sofrer a persecução penal e configura um requisito de legitimação da execução penal.

2.2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU: POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Brasil atravessa um dos momentos mais críticos de sua história contemporânea, enfrentando crises de ordem política, econômica e moral. Isso faz com que ocorra a elevação do papel do Judiciário, que é admirado pela massa popular, a qual acredita que todas suas insatisfações podem vir a ser solucionadas por esse Poder da República. Dessa forma, não há

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 268.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 420 e ss.

¹³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1021.

como negar que o Judiciário adotou uma nova linha de atuação no entendimento de determinados casos e questões, o que, por vezes, é visto como uma politização e extrapolação deste poder, ou, para alguns, uma adequação ao quadro social vivido em nosso país.

Nesse sentido, insere-se a mudança de precedente em relação à execução provisória da pena, quando ainda pendentes recursos especial e extraordinário, o que configura uma afronta à norma constitucional explícita e tende a atender ao clamor social. Para melhor compreender essa modificação de paradigma, far-se-á uma análise da decisão atual que determinou a possibilidade da execução provisória da pena nessas circunstâncias e da antiga que proibia tal, de modo a ser possível discorrer acerca de seus reflexos no ordenamento social e político brasileiro atual.

O *Habeas Corpus* 84.078-7 (MG), impetrado no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Eros Grau, tendo como paciente e impetrante Omar Coelho Victor e como coator o Superior Tribunal de Justiça, julgado em 05 de fevereiro de 2009, foi responsável por uma mudança extremamente importante, qual seja, a aferição de inconstitucionalidade para a chamada execução antecipada da pena. Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em que se tem como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça, em razão deste ter negado ordem de *habeas corpus*, constituindo, assim, um constrangimento ilegal ao impetrante¹⁴⁰.

No *Habeas Corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal houve a concessão dessa ordem, estabelecendo-se que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ocorrer a título de cautelar, de acordo com a inteligência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal combinado com os preceitos da Lei de Execuções Penais, que se sobrepõem ao art. 637, do Código de Processo Penal. Ainda, esclareceu-se que a ampla defesa não pode ser restringida, devendo abarcar todas as fases processuais, incluindo as vias extraordinárias. A execução de um acórdão penal condenatório após exaurido o duplo grau de jurisdição, nesse sentido, seria responsável pela supressão dessa garantia, caracterizada pela restrição ao direito de defesa¹⁴¹.

O paciente dessa Ordem foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 121, §2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. No decorrer do trâmite processual, a defesa interpôs recurso extraordinário e especial, sendo que o Ministério Público requereu a prisão preventiva do paciente antes da admissão do recurso especial, pedido este que foi

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.** Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁴¹ *Ibidem*.

acolhido. Assim, a defesa impetrou *Habeas Corpus* alegando a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar, requerendo a concessão de liminar para sustar os efeitos dessa prisão, com a expedição de salvo-conduto, além do deferimento do *writ*, a fim de confirmar a cautelar. A liminar foi concedida, logo o encarceramento do paciente ganhou contornos de execução antecipada da pena e a Turma deliberou afetar a matéria ao Pleno, tendo em vista que a jurisprudência da Suprema Corte não era uniforme sobre o tema¹⁴².

O Ministro Eros Grau, relator, votou pela revisão do entendimento adotado pelo Supremo até aquele momento – de inexistência de óbice à execução da pena quando pendentes recursos sem efeito suspensivo – e concessão da ordem para que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Os Ministros Celso de Mello, Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e o Ministro Presidente Gilmar Mendes acompanharam integralmente o voto do Ministro Relator¹⁴³.

Em seus votos, citaram que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória e que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado vale como título executivo judicial, conforme inteligência dos arts. 105 e 164, desse diploma. Ainda, citaram o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, concluindo pela adequação dos preceitos veiculados pela Lei supracitada com a ordem constitucional vigente¹⁴⁴.

Referiram que a posição adotada pela Corte em relação às penas restritivas de direito é de que as mesmas só podem sofrer execução definitiva, não sendo legítima a execução provisória, eis que tais sanções penais dependem do trânsito em julgado da sentença que as aplicou para sua efetivação¹⁴⁵. Seguindo esse entendimento, se é vedada a execução provisória das penas alternativas, por óbvio deveria ser também a das penas privativas de liberdade, evidentemente mais graves. Caso contrário, fere-se tanto o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente reconhecido, quanto o princípio da isonomia, por aferir tratamento desigual para situações paralelas.

Para esses Ministros, a ampla defesa abarca todas as fases processuais, incluindo as recursais de natureza extraordinária, sendo que, executar a sentença após o julgamento de segundo grau, configuraria uma indubitável restrição a essa garantia. Não obstante,

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.** Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

elucidaram que a previsão da Lei 8.072/90 acerca dos efeitos dos recursos excepcionais – atualmente revogada pelo Novo Código de Processo Civil – expressava uma política criminal de caráter repressivo, porquanto não havia a previsão do efeito suspensivo¹⁴⁶.

Expuseram que uma antecipação da execução penal, além de constitucionalmente incompatível, só se justifica para conveniência dos magistrados e não do processo penal. Na visão desses Ministros, o argumento de que em determinados casos o réu recorre às instâncias excepcionais para retardar o andamento da execução e, dessa forma, predomina a impunidade, é certamente uma falácia. Falácia, pois, nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito, sendo inadmissível suprimir a posição de titulares de garantias indisponíveis que lhes são devidamente asseguradas na Constituição Federal¹⁴⁷.

O fato é que, segundo esses Ministros, ninguém e nenhum órgão pode tratar de forma arbitrária um indivíduo, negando-lhe prerrogativas que advém do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional, que favorece toda e qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal. Para eles, quando a Suprema Corte afasta a possibilidade da execução provisória da condenação criminal enfatiza e ampara um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão, qual seja, o de ser considerado presumidamente inocente até o trânsito em julgado da decisão – único momento que seria capaz de descaracterizar a presunção da inocência¹⁴⁸.

Finalizando, ocorreu a citação do julgamento do RE 482.006¹⁴⁹, com relatoria de Ricardo Lewandowski, julgado em 07 de novembro de 2007, debatendo a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impôs redução dos vencimentos dos servidores públicos afastados de suas funções, em razão de processo penal por crime funcional. Restou decidido, nesse julgamento, por unanimidade, que admitir essa redução seria uma verdadeira antecipação da pena e, portanto, não se considerou recepcionado o preceito da lei estadual pela Constituição Federal. Ora, se a Suprema Corte decide pela impossibilidade de antecipação de efeitos relativos à garantia da propriedade, evidentemente deve fazer o mesmo quando se trata da garantia da liberdade.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.** Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que debateu a constitucionalidade de lei estadual mineira que transgredia o princípio da presunção de inocência.** Recurso Extraordinário 482.006-4 (MG). Arakem Ferreira de Andrade e Estado de Minas Gerais. Relator: Ricardo Lewandowski. 07 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>>. Acesso em: 21 out. 2016.

O Ministro Menezes Direito pediu vista para estudar os argumentos deduzidos pelo Ministro Eros Grau e se posicionou pela denegação do *habeas corpus*. Acompanhando seu posicionamento, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Carmen Lucia também optaram pela denegação da ordem¹⁵⁰.

Nos seus entendimentos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu historicamente o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade por decisão apenas sujeita aos recursos excepcionais e não haveria motivo para se afastar dessa orientação. Para eles, não se pode fazer “*letra morta*” das decisões proferidas nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, caso contrário, as ações deveriam ser processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵¹.

Sugeriram que o alcance da norma contida no art. 5º, LVII, da CF, não é tão amplo quanto querem lhe conferir, porquanto não se estende a uma vedação da privação da liberdade antes dos recursos extraordinário e especial já que os mesmos discutem apenas a tese jurídica e não matéria de fato – que seria onde o julgamento se conclui. Sendo assim, referiram que a execução prematura da pena não acarretaria lesão ao sistema jurídico de proteção do indivíduo e ao processo penal, porquanto, na realidade, vem da necessidade de dar efetividade ao processo¹⁵².

Concluíram que impedir a execução provisória da pena depois de exaurido o duplo grau de jurisdição ensejaria o reconhecimento de efeito suspensivo aos recursos excepcionais e justamente por eles não serem dotados desse tipo de efeito é que os Ministros em questão consideram não restar afetada a garantia da presunção de inocência. Além disso, sustentaram que admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer o valor do resultado do processo e desvalorizar uma sentença ou acórdão¹⁵³.

Por fim, compreenderam que o duplo caráter da sanção penal – retributivo e preventivo – é outro meio de justificação da execução provisória da pena, não se tratando, dessa maneira, de um posicionamento autoritário. Em realidade, seria um mecanismo inibitório de manobras para procrastinar os julgamentos, como também possibilitaria diminuir a impunidade – fator suscitado pelo clamor social. Portanto, assim, haveria um balanceamento

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.** Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

da proteção dos direitos dos réus com os da sociedade, que merece uma eficiente proteção do Estado¹⁵⁴.

Nesse sentido, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, uniformizando a jurisprudência da Suprema Corte, a fim de resguardar a presunção da inocência do acusado até o trânsito em julgado da decisão condenatória, impossibilitando a execução provisória da pena após exaurido o duplo grau de jurisdição. Seguindo essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar esse posicionamento em diversos julgados a partir de 2009, influenciando outros Tribunais no mesmo sentido, como o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁵⁵, conforme se depreende das ementas abaixo colacionadas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DESRESPEITO AO PACÍFICO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar. Isso significa dizer que o Tribunal não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão. (Precedentes do STF e do STJ). 2. No caso vertente, verifico que o relator do acórdão ora impugnado não apresentou nenhuma das motivações constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto se limitou a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público. 3. Em verdade, desde o julgamento do HC n. 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial). 4. Assim, soa desarrazoado e injustificável que tribunais e juízes estaduais, anos após a publicação desse acórdão - ao qual já se seguiram tantos outros, em igual sentido - persistam na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no artigo 5º, inciso LVII. 5. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma insubordinação estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários a partir da qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República. 6. Habeas corpus concedido para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.** Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁵⁵ A escolha do mesmo se deu em razão de ser um Tribunal vanguardista e capaz de refletir uma realidade mais próxima que os demais, que as partes envolvidas na presente pesquisa possam vivenciar.

demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.¹⁵⁶

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Suscitação de questão preliminar de ofício - impedimento do Relator inexistente. Inteligência do art. 252, IV, do Código de Processo Penal. Exame da recente Resolução nº 200, de 3 de março de 2015. Anotação inclusive do artigo 144, III, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, em vacatio legis, o Novo Código de Processo Civil, que não tem a ampliação pretendida pelo CNJ das hipóteses de impedimento. Violação do princípio do juiz natural. Questão de ordem objetiva, material - legal. O paciente, que é primário, respondeu preso a toda a instrução processual, de 30 de outubro de 2012 até 29 de maio de 2014, quando teve a liberdade concedida por habeas corpus. Em 12 de dezembro do mesmo ano houve condenação por Sessão Plenária, quando então foi determinada, novamente, a prisão do acusado. Não se constata tenha havido fundamentação, concreta e individual, acerca da necessidade de constrição pessoal do paciente. Alteração legislativa. Não é suficiente uma espécie de decisionismo ou ativismo para essa alteração. Com efeito, a regra é a liberdade e a exceção a prisão. O princípio do ESTADO de inocência, ou no dizer do Supremo Tribunal Federal, da não culpabilidade, impõe a conclusão de não caber execução antecipada da pena, ou execução provisória. Somente o trânsito em julgado da sentença penal possibilita a execução da pena. Excepcionalmente se admite a prisão preventiva nos casos previstos em lei. No caso dos autos não está presente a garantia da ordem pública ou a segurança da aplicação da lei penal. Não há motivação alguma para decretar a prisão do réu, mormente no caso dos autos. Recorde-se do julgamento da AP 470 pelo STF em que se aguardou o trânsito em julgado para a execução da pena. Situação dos autos. No caso dos autos, contudo, a situação particular do paciente, como indicado na fundamentação é relevante, não sendo a melhor solução, como constou da decisão, a decretação imediata da sua prisão. Com efeito, o réu já cumpriu prisão por elevado período de tempo em regime fechado, em prisão preventiva e, atualmente, continua cumprindo, desde o dia 12 de dezembro passado, em regime fechado. Ora, houve condenação por homicídio simples pelo Tribunal do Júri. A pena afastou-se muito acima do mínimo legal, 6 anos, pois resultou na pena inicial de 10 anos, resultando na pena final de 9 anos e 6 meses, diante do fato de ser menor de 21 anos na data do fato. Recurso para a redução da pena. O impetrante comprovou a interposição de recurso com a finalidade de redução da pena imposta. Na hipótese de ocorrer a redução, é possível, inclusive, que não devesse o paciente estar em regime fechado, inclusive com a possibilidade de progressão diante da necessária e legal detração. ORDEM CONCEDIDA.¹⁵⁷

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que concedeu ordem de Habeas Corpus, adotando entendimento compatível com o STF de impossibilidade de execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 298.534. Matheus Farias de Assis e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42609240&num_registro=201401655489&data=20150624&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão que concedeu ordem de habeas corpus, determinando a inaplicabilidade da execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 70063098859. Michel de Moraes Rodrigues e Juiz de Direito da 1ª Vara de Passo Fundo. Relator: Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063098859%26num_processo%3D70063098859%26codEmenta%3D6229643++++%22execu%C3%A7%C3%A3o+provis%C3%B3ria%22+pena+inmeta:adp%3DAbril%2520%252F%25202015&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70063098859&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=02/04/2015&relator=Dioegenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Note-se que, tecnicamente, a decisão do STF vale somente para o *habeas corpus* específico que foi julgado pelo tribunal – ou seja, *inter partes* –, não obrigando as outras instâncias a seguirem seu entendimento. Entretanto, na prática, o peso de um julgamento do Supremo no sistema jurídico, principalmente em matéria penal, influencia outros tribunais e juízes em suas próprias decisões, o que é demonstrado com as posições acima adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul após a adoção desse precedente por parte da Suprema Corte em 2009.

Por esse motivo que a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no ano de 2016 quanto a essa matéria é de análise imprescindível, ao ponto que influi sobre todos os processos penais do país.

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, julgando o HC 126.292 (SP)¹⁵⁸, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, ao negar a ordem decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência firmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O *Habeas Corpus* 126.292 (MG), impetrado no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Eros Grau, tendo como paciente Marcio Rodrigues Dantas e impetrante Maria Claudia de Seixas e como coator o Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17 de fevereiro de 2016, foi responsável pela transformação da decisão acima analisada, determinando a possibilidade da execução antecipada da pena. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o HC 313.021/SP¹⁵⁹.

O paciente dessa Ordem foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal (roubo majorado). A defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso e requisitou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Assim, o paciente impetrou *habeas corpus* ao STJ contra a ordem de prisão, ao passo que o Ministro Presidente dessa corte indeferiu a liminar, alegando que o

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

entendimento majoritário é de que não é cabível *habeas corpus* como substitutivo de recurso especial¹⁶⁰.

Dessa forma, a defesa impetrou *habeas corpus* ao STF, requerendo o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade, tendo em vista que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva e que a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à época, do trânsito em julgado da condenação¹⁶¹.

Nesse *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal houve a denegação dessa ordem, estabelecendo-se que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, quando ainda pendentes os recursos excepcionais, não confronta o art. 5º, LVII, da Constituição Federal¹⁶². Ao se analisar os argumentos trazidos pelos eminentes Ministros, vê-se uma certa semelhança com os expostos na decisão de 2009, tanto aqueles que se posicionam a favor do instituto da execução provisória da pena, nas circunstâncias estudadas, ou daqueles que se posicionam contra.

O Ministro Relator Teori Zavascki votou pela denegação da ordem de *habeas corpus*. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam o relator¹⁶³. De início já se destaca que a decisão desses ministros evidentemente é reflexo do contexto social e político atual do país.

Para esse grupo de ministros, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não prejudica o núcleo fundamental do pressuposto da não culpabilidade, porquanto o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, no qual, em regra, foram devidamente observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual¹⁶⁴.

Dessa forma, defendem a interpretação desse princípio afastada da literalidade, de modo que ocorra a extinção da ideia de caráter absoluto do mesmo, sendo natural que a presunção de inocência evolua ao andar do processo. Portanto, o tratamento mais gravoso a esse princípio feito progressivamente é extremamente viável, pois quando restam esgotadas as

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ *Ibidem.*

instâncias ordinárias, a condenação à pena privativa de liberdade já possui uma força considerável de culpabilidade do réu, sendo o cumprimento da pena compatível com a presunção de inocência¹⁶⁵.

Trouxeram também a temática contextualizada em outros países, afirmando que em nenhum outro país do mundo a execução fica suspensa após o duplo grau de jurisdição, dando exemplos como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, entre outros. Insistiram na finalidade de preservação da higidez do sistema normativo dos recursos extraordinários, os quais não alcançam o revolvimento da matéria fática já firmada nas instâncias ordinárias e não têm a incumbência de revisar injustiças do caso concreto¹⁶⁶.

Trouxeram à tona o tema da mutação constitucional, mecanismo pelo que se modifica o sentido e alcance de normas constitucionais, sem, no entanto, modificar seu texto. Esse novo entendimento da norma constitucional pode se dar por mudanças de realidade fática ou de percepção do Direito. Assim, destacaram que houve uma mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento sobre o momento legítimo para início da execução da pena, enquanto que, atualmente, em razão da realidade traumática que se criou após a mudança de 2009, seria imprescindível uma nova mudança¹⁶⁷.

Salientaram três consequências negativas da impossibilidade de execução provisória da pena, quando pendentes os recursos extraordinários, que desqualificam a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção da inocência. A primeira é a interposição indiscriminada de recursos protelatórios, que movimentam a máquina do Judiciário por razões indevidas. A segunda é o reforço da seletividade do sistema penal, pois, segundo esses ministros, a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo, aos réus mais abastados, os quais podem contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Por último, assinalaram o agravamento do descrédito no sistema de justiça penal por parte da sociedade e o alastramento da sensação de impunidade com a mudança de posicionamento em 2009¹⁶⁸.

Fundamentaram a adoção desse novo posicionamento baseados em algumas questões: no pressuposto de que para a decretação da prisão no direito brasileiro não precisa haver o esgotamento de todas as possibilidades de recurso, mas apenas uma ordem escrita e

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ *Ibidem.*

fundamentada da autoridade judiciária competente; a presunção de inocência é um princípio e está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, através do princípio da proporcionalidade; a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) expressamente consagra como causa de inelegibilidade a presença de sentença condenatória proferida por órgão colegiado em relação a crimes nela previstos; o processo deve ter uma razoável duração, em razão de ser um dever do Estado e exigência da sociedade; haverá um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; e auxiliará na quebra do paradigma da impunidade¹⁶⁹.

Nesse quadro, os ministros em questão encerram que o STF deve garantir que o processo resgate sua função institucional, harmonizando o princípio da presunção da inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Caso ocorram injustiças, proclamaram a existência de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial para que o acusado não esteja desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos¹⁷⁰.

Em contrapartida, o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, acompanhado dos ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela concessão da ordem *habeas corpus* e manutenção do antigo posicionamento da Suprema Corte. Ressaltaram o princípio da segurança jurídica, principalmente atinente a questões constitucionais, bem como o fato da revisão da jurisprudência se dar somente após a alteração dos integrantes da Corte¹⁷¹.

Para esse grupo de ministros, o texto constitucional é claro, não havendo necessidade de interpretação subjetiva, sob pena de se reescrever o preceito constitucional. Na linha de seus raciocínios, estar-se-ia caminhando em direção à criação de uma norma jurídica, promulgação de, quem sabe, uma emenda constitucional. Em realidade, colacionam que o ministro Cezar Peluso cogitou a execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal (de Justiça ou Regional Federal) no julgamento de apelação, no Legislativo, entretanto tal ideia não prosperou. Em síntese, o legislativo não avançou, todavia o Supremo viria a proclamar que a cláusula do princípio da não culpabilidade não é uma garantia, sendo possível o cumprimento de pena após exaurido o duplo grau de jurisdição¹⁷².

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

Registraram que a presunção de inocência representa uma conquista histórica dos cidadãos e que a Constituição Federal de 1988 destinou-se a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, banindo qualquer inaceitável hermenêutica autoritária de submissão. Portanto, a consagração constitucional da presunção de inocência é dirigida a todos os cidadãos, indiscriminadamente, independente da gravidade ou hediondez do delito que lhe é imputado¹⁷³.

Mencionaram a ADPF 347 e o RE 592.581, nos quais restou assentada a falência absoluta do sistema penitenciário brasileiro, porquanto se encontra num estado de coisas inconstitucional. Assim, questionaram a constitucionalidade de abrandar uma cláusula pétrea para facilitar a entrada dos indivíduos no sistema prisional no estado em que se encontra. Não obstante, demonstraram a disparidade de tratamento do nosso sistema jurídico em questões referentes à execução provisória, à propriedade e à liberdade – havendo uma maior ênfase no material do que no próprio indivíduo¹⁷⁴.

Por fim, trouxeram números relativos ao sistema prisional. O Brasil ostenta a quarta maior população carcerária mundial, com seiscentos mil presos, dos quais 40% são provisórios. Com essa nova decisão, acrescentar-se-á dezenas ou até centenas de milhares de novos presos¹⁷⁵.

Essa decisão foi reiterada em posteriores julgamentos, incluindo os referentes às Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, de autoria do Partido Nacional Ecológico (PEN) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as quais tiveram as liminares indeferidas, em razão de entendimento firmado no sentido de que o art. 283, do Código de Processo Penal, não impede o início prematuro de execução da pena¹⁷⁶. Essas entidades alegavam que o HC 126.292, no qual o STF entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena, estava gerando grande controvérsia jurisprudencial referente ao princípio constitucional da presunção de inocência, na medida que, mesmo não tendo força vinculante, essa decisão influenciou tribunais de todo o país, que passaram a adotar idêntico posicionamento.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: STF admite execução provisória da pena após condenação em segunda instância.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

Nesse sentido, colacionam-se decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de acordo com essa nova orientação do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . ROUBO. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126.292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora. 2. Ordem denegada¹⁷⁷.

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE. IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RECURSO ADMITIDO. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE OFENSA. JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. RECURSOS NÃO ADMITIDOS¹⁷⁸.

Note-se, portanto, que a atuação do Supremo Tribunal Federal possui amplos poderes de modificar a situação jurídica e social de todo o país, visto que o entendimento preponderante na Corte é o mesmo que predomina no restante dos tribunais do Brasil. Destarte, faz-se mister estudar quais os possíveis reflexos e consequências desse novo entendimento no ordenamento social, jurídico e político brasileiro, como se fará no próximo capítulo.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que denegou ordem de habeas corpus, adotando entendimento compatível com o STF de possibilidade de execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 372.078. Thiago Ferreira Gomes e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis. 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66462878&num_registro=201602358604&data=20161108&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 de nov. 2016.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão de inadmissão de Recurso Especial, em razão do entendimento exarado pelas Cortes Superiores quanto à possibilidade da execução provisória da pena.** Recurso especial e/ou extraordinário nº 70070445416. Douglas Braga Chagas e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070445416%26num_processo%3D70070445416%26codEmenta%3D7049574+execu%C3%A7%C3%A3o+provis%C3%B3ria+STF++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70070445416&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/11/2016&relator=Maria%20Isabel%20de%20Azevedo%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

3 O RETROCESSO JURISPRUDENCIAL PROCESSUAL PENAL NO ÂMBITO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A sociedade brasileira, comumente, convence-se que o Direito Penal é a chave de tudo e funciona como resposta social para questões altamente complexas, exigindo mais punição mesmo que isso seja uma contradição com as garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente e que engrandeça o Estado de Polícia. Nessa linha, o Direito funciona como um instrumento de conformação da ordem vigente, ao passo que absorve as influências do contexto político, incorporando suas orientações e transmitindo suas prioridades nas relações jurídicas determinadas entre o embate do *jus puniendi* e *jus libertatis*¹⁷⁹.

A presunção de inocência nasce de um enfrentamento entre o Estado e o indivíduo, manifestando-se dentro do Processo Penal justamente por esse conflito supramencionado entre o *jus puniendi*, instrumento que o Estado dispõe para realizar sua razão, e o *jus libertatis*, meio que reconhece os direitos individuais na ordem estatal. Assim, esse princípio se origina para amparar o indivíduo em face da persecução penal do Estado, exprimindo a supremacia de critérios políticos de indiscutível viés democrático. Quando o contrário ocorre, com a primazia do Estado sobre o indivíduo sob o argumento de defesa da sociedade, a presunção de inocência perde seu espaço, priorizando-se a persecução penal em nome da manutenção de uma situação política.

Evidentemente, foi o que ocorreu com a recente mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a possibilidade da execução provisória da sentença condenatória após exaurido o duplo grau de jurisdição, mesmo na pendência de recurso extraordinário e especial. Inicialmente, imprescindível assinalar que a principal crítica feita a esse novo posicionamento, a partir da perspectiva do Direito Constitucional Brasileiro, não é apenas por se tratar de uma medida, no mínimo, problemática na prática, mas sim manifestamente inconstitucional.

Num primeiro momento, essa inconstitucionalidade seria vislumbrada em razão da execução da pena de alguém que sequer é considerado culpado, o que se vislumbra através da leitura do princípio constitucional da presunção de inocência. Num segundo momento, caso o STF ou STJ anulem a sentença penal condenatória, tem-se uma situação alarmante: está se executando a pena de um indivíduo que sequer foi condenado.

¹⁷⁹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil**: O conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79.

Ademais, a crítica recorrente e a resistência em aceitar o princípio da presunção de inocência em seu sentido amplo e na plenitude de seu conteúdo constitucional, como no caso dessa recente mudança de paradigma, evidencia um desrespeito com sua história jurídico-política, como postulado fundamental do processo penal, árbitro da relação entre o Estado e indivíduo. Com efeito, quando o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal¹⁸⁰, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, determina duas condições aplicáveis ao indivíduo, quais sejam, inocente e culpado. Dito isso, a tentativa de se criar um terceiro status entre esses dois citados é totalmente alheia à realidade jurídica constitucional, porquanto se pretende produzir um conceito sem qualquer base normativa.

Há um momento nitidamente definido no texto constitucional para descaracterizar a presunção de inocência e, antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. Em razão disso, o preceito aludido condiciona o Poder Público a adotar um tratamento de respeito à presunção de inocência por seus agentes e autoridades. Dessa forma, salienta-se que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, assumindo diferentes conotações a medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Essa garantia constitucional somente se esvazia com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por conseguinte, deve-se ressaltar a ligação do Direito com a Democracia, estabelecida pelos instrumentais do Direito, que funcionam como garantes do processo democrático. Nesse âmbito, insere-se o controle jurisdicional por parte das Supremas Cortes no país, ao passo que deve conferir realidade aos preceitos democráticos em prejuízo dos interesses políticos circunstanciais que menosprezem normas de direitos fundamentais adotadas pela Constituição.

A Constituição Brasileira de 1988 é o símbolo representativo da ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o realce do plano das liberdades públicas, ao ponto que da leitura de seu texto, pode-se observar a função garantidora dos direitos fundamentais e a imprescindibilidade de obediência ao princípio da separação de poderes, propiciando a instauração de um mútuo controle entre os Poderes de Estado. Apesar dessa previsão constitucional, a existência de forças políticas dominantes, de caráter econômico, cultural ou social, tendem a influenciar decisivamente na conformação do conteúdo constitucional, pelo

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

que se passa a chamar a Constituição de real, e não jurídica – visto que há evidente pressão dessas forças para afetar a eficácia constitucional¹⁸¹.

Conforme preceitua Hesse¹⁸², não há uma relação de submissão entre a Constituição jurídica e a real, e sim uma relação de coordenação, sendo extremamente necessário que os cidadãos de um Estado assumam uma frente quanto à vontade de Constituição, limitando a vontade de poder e fortalecendo o Processo Penal com direitos fundamentais, estabelecendo uma sintonia entre Processo, Constituição e Democracia. Esta consciência deve estar presente tanto na elaboração legislativa quanto na atividade jurisdicional – como na prestada pelas Cortes Supremas, as quais têm a última palavra sobre a interpretação de preceitos constitucionais, vinculando juridicamente os seus conteúdos.

Logo, o Supremo Tribunal Federal deveria assumir uma posição de resguardo da supremacia da Constituição, circunstância fundamental para propiciar a sobrevivência do Estado, de suas instituições e da sociedade, tendo em vista que é a própria Lei Fundamental que impõe limites ao desempenho da atividade de persecução penal – restrições essas que não devem, nem podem ser transpostas pelo Estado, como o trânsito em julgado da sentença condenatória para descaracterização da presunção de inocência. Cabe, então, à jurisdição constitucional garantir a aplicação da Carta Magna do Brasil, tornando eficaz e amplo o alcance de seu texto.

Além disso, a Lei de Execução Penal, como já exposto, impõe o trânsito em julgado como um pressuposto indispensável para a legitimação da execução de sentença condenatória, conforme se depreende do art. 105, desse diploma. Idêntica exigência é estabelecida pelo art. 147 da LEP quanto à execução de penas restritivas de direitos¹⁸³. Consequentemente, vê-se que seja a Lei de Execução Penal, seja a própria Constituição, invocam fundamentos que impedem a execução de condenação criminal sem o necessário título judicial definitivo.

Não obstante o já referido, contrariando, respeitosamente, a posição atual adotada pela Suprema Corte em relação à execução provisória da pena, há que se deixar claro que não se fará uma análise quanto ao sistema brasileiro ser melhor ou pior que algum estrangeiro, bastando reconhecer que é, sem dúvidas, diferente, o que também conduz ao fato de que

¹⁸¹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 90.

¹⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 15.

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execuções Penais. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

diferente será a função e papel dos Tribunais Superiores – ao passo que na sociedade brasileira faz-se mister sua ampla presença para resolução de conflitos.

Portanto, torna-se irreal compará-lo com os demais sob o argumento de que estes adotam a execução provisória da pena depois do duplo grau de jurisdição, porquanto é inaceitável a importação de regras e procedimentos que estão em conformidade com modelos absolutamente distintos do adotado pelo Brasil. Nesse viés, em relação à recente modificação de entendimento da Corte Suprema, como forma de adaptação do modelo adotado pelo Brasil ao de outros países, discute-se qual seria sua viabilidade na realidade de um país em que há um expressivo número de julgamentos pelo STF ou STJ reformando decisões condenatórias¹⁸⁴.

Outrossim, na conjuntura atual, há a propagação midiática de uma ideia fixa de que uma das principais soluções para dirimir conflitos existentes em razão do aumento do crime e da violência – o que motiva também a ascensão do sentimento de impunidade por parte da população – seria o recrudescimento na forma de tratamento dos indivíduos que sofrem a persecução penal. Essa pressuposição ilusória se contrapõe ao regime constitucional vigente, restringindo os direitos individuais assegurados pelo legislador constituinte de 1988 à limites insustentáveis, o que, adicionado à tendência autoritária da legislação processual penal brasileira – proveniente da era ditatorial – transformam a máquina punitiva estatal num instrumento mais presente e agressivo.

Essa circunstância é visualizada claramente na seara processual penal, justamente em razão da contraposição entre a imensa rede de garantias asseguradas aos indivíduos pelos princípios constitucionais e o quadro midiático que recruta a opinião pública através de um discurso repressivo na definição de crimes e alterador de preceitos processuais relativos à prisão e liberdade, para produzir maior confiança no sistema jurídico-político. A criminologia midiática vingativa, conforme conceitua Zaffaroni, elabora a visão de um inimigo da sociedade, apontando o delito comum como o único perigo que assola o Estado. Em razão disso, desponta-se o chamado pânico moral¹⁸⁵, traduzindo um medo ao delito exclusivamente, ocultando-se outros riscos e danos já em curso, muito mais graves¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Não há razoabilidade em permitir que uma pessoa cumpra pena para depois da pena cumprida afirmar sequer ter havido tipicidade penal ou, ainda, modificar o *quantum* aplicado, o que, em última análise, significa que sequer o processo criminal deveria ter sido iniciado ou que o tempo de cumprimento era menor.

¹⁸⁵ Conceito que se deve a Stanley Cohen e Jock Young, sociólogos e escritores consagrados no campo da criminologia crítica.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 110.

A população, no geral, tem uma visão da questão criminal estruturada através dos meios de comunicação, nutrida pela chamada criminologia midiática, que constantemente apela para uma criação da realidade a partir da propagação de informações e desinformação em confluência com preconceitos e crenças, contra determinados indivíduos, transformando-os em bodes expiatórios. Nesse contexto, se o sistema penal tem por função precípua canalizar a vingança e a violência difusa da sociedade, busca-se que a sociedade passe a crer que o poder punitivo esteja neutralizando a causa dessas¹⁸⁷.

Note-se que a mudança de paradigma da Suprema Corte se deu como resposta imediata e concreta à urgência conjuntural, contudo se omite quanto a questões fundamentais envolvendo as verdadeiras causas da impunidade. A par disso, a falta de uma resposta imediata constituiria prova de insegurança, logo se procurou atender ao clamor social, fomentado pela criminologia midiática, de forma intolerante e exercendo uma censura inquisitorial, demonstrando uma absoluta incapacidade para prevenir a violência real desde suas raízes e até mesmo suas manifestações.

O poder de manipulação e deformação da opinião pública faz da mídia um superpoder, estigmatizando dado grupo de seres humanos como culpados por todas as mazelas que assolam a sociedade contemporânea e induzindo as pessoas a clamarem por uma justiça que sequer é justa. O Supremo tentou “*ouvir a sociedade*”, baseado nesse sentimento de impunidade, entretanto, premente ser dito que as garantias constitucionais não são meras invenções para acobertar criminosos, como assim é disseminado pela criminologia midiática, mas sim são produtos e conquistas das experiências repressivas dos antigos Estados autoritários¹⁸⁸. Como o sistema de garantias individuais em face do Estado funciona como uma rede, a mitigação de uma garantia, nitidamente, reduz os limites para relativização de uma próxima.

Adentrando em outro tópico, conforme o Ministro Ricardo Lewandowski referiu em seu voto no HC 126.292 (SP)¹⁸⁹, o Brasil possui a quarta maior população de presos, em termos mundiais, com cerca de seiscentos mil presos, dos quais em torno de duzentos e quarenta mil são presos provisórios. Com essa nova decisão do Supremo Tribunal Federal, haverá um acréscimo relevante nesse número. Ainda, fazendo-se referência ao exposto pelo

¹⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 132-133.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 177.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena**. Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

ilustre Ministro Presidente do STF, o sistema penitenciário está em colapso, num estado de coisas inconstitucional. Abrandou-se um princípio constitucional, uma verdadeira cláusula pétrea para facilitar a entrada de indivíduos em um sistema que sequer os comporta, ante a situação alarmante que a segurança pública está passando.

Ademais, depreende-se que o modelo punitivo perante outros modelos de efetiva resolução do conflito, comporta-se de modo excludente, tendo em vista que não só não soluciona o conflito como também obsta sua combinação com outros modelos que têm essa capacidade¹⁹⁰. O problema criado por essa decisão é o fato de se abarrotarem as prisões com aqueles que podem ser futuramente absolvidos, com uma altíssima probabilidade de convertê-los em criminosos violentos por efeito reprodutor calcado na falência do próprio sistema penitenciário brasileiro – que é um sistema que se retroalimenta.

É uma constante em nosso país a falência em que se encontra o sistema prisional, sendo insustentável arguir-se pela sujeição ilimitada do condenado à reclusão nesses centros como medida que virá a trazer algum benefício social imediato, exigindo-se, em realidade, a instituição de novas medidas para a execução das penas. Como já exposto,

o sistema não recupera o criminoso, às vezes o especializa como delinquente [...] No outro pólo, a sociedade que arca com todo o custo do sistema carcerário, não obtém dele benefício algum. É duplamente onerada, pelo ato criminoso em si e pela manutenção de um sistema ineficaz¹⁹¹.

Nesse contexto, deveria se buscar um sistema de justiça que esqueça a antiga visão de detentor exclusivo de uma violência estatal em resposta às condutas praticadas pelos indivíduos e que adquira uma perspectiva mais pacífica e transformadora do contexto social, através da integração de todas as partes envolvidas no problema criminal, respeitando-se as garantias individuais positivadas para cada um¹⁹².

Também há aqueles que sustentam favoravelmente à execução provisória da pena que a cota de êxito dos Recursos Extraordinários em matéria criminal é irrisória¹⁹³ e, dessa forma, não haveria um grande impacto. Questiona-se, nesse caso, se a execução provisória de pena de reclusão ainda seria justificável mesmo que um em cem casos julgados pela Suprema Corte

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 14.

¹⁹¹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão e estado: a função ideológica da privação de liberdade**. Pelotas: EDUCAT, 1997, p. 10.

¹⁹² PASSOS, Luisa de Marillac Xavier; PENSO, Maria Aparecida. **O papel da comunidade na aplicação e execução da justiça penal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 96-97.

¹⁹³ Os recursos extraordinários providos em favor do réu atingem um percentual de cerca de 1,12%, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126.292 (SP), que se utilizou de dados da assessoria de gestão do STF referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016.

promova a absolvição do acusado, anulação do processo ou mesmo uma redução de pena que afaste a prisão¹⁹⁴. Na esfera penal, tendo em vista se estar lidando com a dignidade e a liberdade de um ser humano, medidas consideradas antecipatórias de tutela, como a execução provisória da pena em discussão, ensejam efeitos irreversíveis que violam tanto a dignidade quanto a intimidade do indivíduo encarcerado, demonstrando que persiste uma inversão de valores no processo ao primeiro se prender, para após confirmar a efetiva responsabilização criminal do agente¹⁹⁵.

Nesses momentos, indaga-se para quem seria esse processo penal que o Supremo Tribunal Federal está aos poucos (des)montando, pois deve prevalecer os ideais de que um processo penal garantista não se sujeita ao imediatismo, sendo necessário retardar a decisão para se alcançar o índice de certeza da culpabilidade do agente, característica procedimental de um Estado Democrático de Direito. Por outro lado, ao se estudar o discurso da necessidade da execução provisória da pena para desobstruir os Tribunais Superiores, pode-se dizer que essa não será uma consequência certa, pois o ingresso de medidas adicionais para tentar obter efeito suspensivo, não somente tem a tendência de ampliar o volume processual, como pode retirar a credibilidade de medidas processuais importantes.

Mais além, a decisão da Suprema Corte baseou-se, de certo modo, no pilar da eficiência do sistema penal. Ocorre que a ideia fomentada sedimenta o utilitarismo processual, com uma carga de eficiência antigarantista, que passa a provocar uma postura onde “os juízes são pressionados para decidirem rápido e as comissões de reforma para criarem procedimentos mais acelerados, esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia”¹⁹⁶.

Segundo Coutinho, essa conjectura acarreta a diminuição da esfera de proteção de determinadas garantias constitucionais, senão a própria extinção das mesmas¹⁹⁷. Também, o mesmo autor conclui acertadamente que esse discurso não é pró-criminalidade, mas, pelo contrário, vem a combater a mesma racionalmente pelas suas causas e não atacando postulados constitucionais¹⁹⁸.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

¹⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31-32.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. In: **Escritos de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 143 e ss.

¹⁹⁸ *Idem*. A crise da segurança pública no Brasil, In: **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 181 e ss.

Há aqueles, ainda, que alegam que está alastrada uma incontestável impunidade no Brasil no que tange aos crimes do “colarinho branco” e que a execução provisória da pena permitiria uma isonomia entre a grande massa da população mais pobre que lota as penitenciárias e os criminosos da elite política e econômica, que, na maioria das vezes, sequer cumprem pena. Segundo Sarlet, na verdade, não haveria uma isonomia, porquanto embora teoricamente o argumento seja atraente, na prática quem justamente sofreria mais com a execução provisória da pena seguiriam sendo as pessoas das classes mais vulneráveis, “pois ainda que todos os criminosos do colarinho branco sejam processados, julgados e, quando culpados, condenados, sempre seguirão representando parcela da menor parcela da população”¹⁹⁹.

A mudança de orientação do STF causa uma insegurança jurídica, ao passo que há pouco tempo atrás não era admitida a execução provisória da pena após exaurido o duplo grau de jurisdição. E, não houve nenhuma mudança na ordem constitucional ou social do Estado que influísse nessa transformação, sendo mero resultado da mudança no corpo de ministros que compõe o Supremo e suas divergentes posições²⁰⁰. Uma vez conquistada a vedação da execução provisória da pena, que protege o indivíduo e suas garantias, incide o princípio da proibição do retrocesso, pelo qual Sarlet²⁰¹ destaca a confiança do indivíduo na continuidade da ordem jurídica para lhe conferir uma segurança individual em relação à suas próprias posições jurídicas, sendo, no caso em comento, a continuidade da vedação à execução provisória da pena.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal inclusive já decidiu pela aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso e manutenção do status de proteção a direitos e garantias dos indivíduos, afirmando que:

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁰⁰ MASI, Carlos Velho. **Um duro golpe na presunção da inocência**. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²⁰¹ 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**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados²⁰².

Inclusive, antes da mudança de paradigma da Suprema Corte, já apareciam sinais nesse sentido, como se infere pela proposta de Emenda Constitucional n° 15 apresentada em 2011 pelo Ministro Presidente do STF, à época, Cezar Peluso, conhecida por PEC dos Recursos. Até agora ela sequer foi analisada, o que, de forma implícita, demonstra a adequação do sistema de presunção de inocência até então adotado, tendo em vista que a mesma estabelecia o final do processo após duas decisões judiciais²⁰³. A propósito, o simples fato do Ministro Presidente do STF ter apresentado essa proposta demonstra que a hipótese em análise não depende de mera mudança de entendimento por parte do Tribunal, mas, em verdade, dependeria da alteração do texto constitucional.

Somente a título de recordação, elucida-se que o direito penal possui uma natureza fragmentária e subsidiária em relação às demais áreas e a relevância constitucional do princípio da presunção de inocência centraliza o homem como um ser livre, até que o trânsito em julgado venha a dizer o contrário. Apenas nesta hipótese, ocorreria a efetiva necessidade da intervenção executória penal, sem dar espaço ao esquecimento de instâncias de defesa para garantir uma efetividade do sistema jurídico, que poderia muito bem ser alcançada por outros fins, senão a mitigação de prerrogativas constitucionais, conforme colocação abaixo transcrita:

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito²⁰⁴.

Atribuir eficácia a juízos meramente conjecturais, a fim de proferir um decreto condenatório que, mesmo sem o respectivo trânsito em julgado, provoque consequências no plano jurídico de um indivíduo, quando claramente tal só poderia ocorrer com um título judicial definitivo, sem observância, dessa forma, do princípio da presunção de inocência, é

²⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que afirmou a proibição do retrocesso social**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 639.337. Município de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²⁰³ PELUSO, Cezar. **Em defesa de uma justiça eficiente**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. Teoria Geral dos Recursos: Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 301.

uma absoluta negação ao exercício de prerrogativas legítimas asseguradas constitucionalmente e concebidas em favor de toda e qualquer pessoa sujeita à persecução estatal.

Ainda, argumentar que a garantia da presunção de inocência na Constituição Federal constitui uma norma-princípio, permitindo a ponderação com outros direitos ou bens assegurados constitucionalmente, ultrapassa a nítida taxatividade desse dispositivo constitucional. Acatar esse novo posicionamento significa optar pelo esvaziamento de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse antes do trânsito em julgado.

A garantia do devido processo legal deve ser sempre respeitada para que a prolação de um juízo condenatório tenha validade ético-jurídica, assentado em elementos de certeza que afastam as dúvidas em torno da culpabilidade do acusado, o que, segundo o texto constitucional, somente ocorre com o trânsito em julgado dessa decisão. De todo exposto, observa-se ser inadmissível, existindo outras opções, como modificações de caráter institucional e processual, até reforçar a necessidade da segregação preventiva uma vez ocorrida a condenação no segundo grau de jurisdição²⁰⁵, a mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência em prol de um teórico ato de defesa da sociedade, que na prática está longe de surtir o efeito desejado.

Portanto, o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte, descaracterizando a presunção de inocência do acusado para atender ao clamor social e tentar diminuir o sentimento de impunidade, apenas mascara as reais causas do caos em que se encontra a segurança pública do Brasil. Não se está aqui pregando a impunidade ou a insegurança, todavia constata-se que a segurança pública é largamente maior que o Direito Penal e abandonar o status de proteção aos direitos dos acusados não é uma solução viável para enfrentar essa crise.

²⁰⁵ 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. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CONCLUSÃO

No curso deste trabalho, destacou-se que a Constituição Federal da República ao prever em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, consagra o princípio da presunção de inocência, assegurando a todos o direito de recorrer em liberdade quando ainda não lhe recair o título definitivo de culpa. A presunção de inocência, de acordo com os ideais democráticos apresentados, cumpre sua função como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o valor desse princípio democrático condiciona o postulado autocrático, fomentando a onipotência do Estado em determinadas situações de modo a priorizar a liberdade dos indivíduos.

A cultura política democrática é indispensável para que o processo penal brasileiro absorva os princípios políticos elementares da Carta Magna, pelos quais adquire não apenas a legitimidade, como também validade material. De nada adianta a previsão exaustiva de proteções para o cidadão frente ao poder estatal, se a cultura dominante apregoar que o Estado deve ter sobre os acusados poderes especiais de persecução, em defesa da sociedade.

Nesse sentido, a mudança de paradigma efetuada pelo Supremo Tribunal Federal através da permissibilidade da execução provisória da pena após exaurido o duplo grau de jurisdição assume a feição de uma medida extrema, quando outras reformas, como uma atuação mais proativa dos tribunais, poderia resultar numa saída mais favorável a todos envolvidos. Portanto, defende-se que a jurisprudência da Suprema Corte deveria ser formulada com base numa verdadeira agenda de liberdades, fazendo prevalecer o primado expresso na própria Constituição Federal, que somente autoriza a sentença condenatória transitada em julgado de retirar o status de inocente do acusado.

Partindo da história política e jurídica da expressão presunção de inocência, constatou-se o seu tríplice significado de regra de tratamento, regra probatória ou de juízo e modelo de Processo Penal. Um dos mais marcantes desses aspectos, em relação ao presente trabalho, é aquele que concebe a presunção de inocência como fator interligado a determinado modelo de processo penal, como os modelos inquisitório e acusatório. O método inquisitorial de processo penal presume os fatos e um culpado, buscando, a todo custo, conseguir a confissão, utilizando-se inclusive de suplícios. Já o método acusatório irá afirmar o fato, mas enquanto não o provar, o acusado ainda é considerado presumidamente inocente.

A partir do já exposto, percebe-se que o modelo acusatório está intimamente ligado com a presunção de inocência, posto que ambos preveem um modelo de Processo Penal

limitador do rigor repressivo do Estado, posicionando-se pela opção do indivíduo acusado e implementação de seus direitos individuais de liberdade. Assim, espera-se que no processo acusatório os atos do processo sejam coerentes e submissos ao resguardo dos direitos dos indivíduos, de forma a limitar a persecução penal e a autoridade punitiva do Estado para que suas atuações estejam correlatas ao grau de proteção assegurado às garantias individuais, o que, evidentemente, deveria ser reproduzido no processo penal brasileiro.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito vem assumindo uma nova face, ao invés de procurar a solução partindo da necessidade de preservar a autonomia da pessoa humana e uma esfera de liberdade ao cidadão, adota o caminho inverso. As medidas repressivas, chegando a violações graves de direitos fundamentais dos indivíduos se fazem cada vez mais presentes, demonstrando a reprodução de um ideal de sacrifício das liberdades individuais em contradição com a ordem jurídica constitucional asseguradora de garantias. Dito isso, a execução provisória da pena atua justamente sob a falácia de defesa da sociedade no âmbito da instrumentalidade do processo, contudo, essas questões eminentemente processuais e sem impactos positivos na prática, não devem, muito menos podem, suprimir a autonomia individual, modificando regras para uma melhor comodidade estatal em detrimento de um direito fundamental do ser humano.

Portanto, toda medida que desproporcionalmente relativize direitos fundamentais – como no presente caso estudado que ocorreu com a presunção de inocência – não deve ser aplaudida. Na realidade, há de ser vista com reserva, porquanto há outros meios para se combater a criminalidade e, conseqüentemente, apaziguar o sentimento de impunidade, que não tornam o indivíduo um ser subjugado pelo poder de Estado, ao ponto de perder direitos que lhe são legitimamente assegurados.

Nota-se, então, que contemporaneamente o princípio da presunção de inocência assegurado na Constituição Federal do Brasil de 1988 tenta retratar um discurso de legitimação da ordem punitiva vigente, de forma a proteger os direitos humanos e fundamentais do indivíduo. Porém, é uma tentativa falha em razão da interpretação atual feita pela Corte Suprema, tendo em vista que não irá mais conseguir se reproduzir na realidade brasileira. Diante dessa mudança de paradigma, restou o desafio do compromisso ético de se buscar a efetivação das garantias constitucionais, de modo a ensejar a supremacia das mesmas sob meros interesses processuais, ante a certeza de que a conquista dos direitos fundamentais é luta presente.

Conseqüentemente, prima-se que os acusados não podem sofrer ilimitadamente uma dura resposta penal prisional em razão do crescimento da insegurança social somado a um

forte sentimento de individualismo, atentando-se para o fato de que o Direito Penal é – ou deveria ser, ao menos – a *ultima ratio* para a resolução de problemas envolvendo a segurança pública e a medida adotada pelo Supremo Tribunal Federal está longe de reformar a realidade que o país enfrenta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Execução penal: esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, Capítulo Objeto e Aplicação da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6197-8/cfi/6/6>>. Acesso em: 07 out. 2016.

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: Visão constitucional e novas tendências**. 2. ed. Goiânia: AB, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de novembro 1992. Promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera e acrescenta dispositivos da Constituição Federal e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execuções Penais. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que deferiu ordem de Habeas Corpus, em razão da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena.**

Habeas corpus nº 80.078-7. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que denegou ordem de Habeas Corpus, em razão do não comprometimento do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena.**

Habeas Corpus nº 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que debateu a constitucionalidade de lei estadual mineira que transgredia o princípio da presunção de inocência.**

Recurso Extraordinário 482.006-4 (MG). Arakem Ferreira de Andrade e Estado de Minas Gerais. Relator: Ricardo Lewandowski. 07 de novembro de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que afirmou a proibição do retrocesso social.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337. Município de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 nov 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico.** Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF:** STF admite execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 281.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 283.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 284.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que concedeu ordem de Habeas Corpus, adotando entendimento compatível com o STF de impossibilidade de execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 298.534. Matheus Farias de Assis e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 24 de junho de 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42609240&num_registro=201401655489&data=20150624&tipo=91&formato=PDF>.

Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que denegou ordem de habeas corpus, adotando entendimento compatível com o STF de possibilidade de execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 372.078. Thiago Ferreira Gomes e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis. 25 de outubro de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66462878&num_registro=201602358604&data=20161108&tipo=51&formato=PDF>.

Acesso em: 12 de nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%277%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 13.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2713%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 83.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2783%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 98.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2798%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 126.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27126%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 207.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27207%27>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão que concedeu ordem de habeas corpus, determinando a inaplicabilidade da execução provisória da pena.** Habeas Corpus nº 70063098859. Michel de Moraes Rodrigues e Juiz de Direito da 1ª Vara de Passo Fundo. Relator: Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. 02 de fevereiro de 2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70063098859%26num_processo%3D70063098859%26codEmenta%3D6229643++++%22execu%C3%A7%C3%A3o+provis%C3%B3ria%22+pena+inmeta:adp%3DAbril%2520%252F%2>

5202015&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70063098859&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=02/04/2015&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão de inadmissão de Recurso Especial, em razão do entendimento exarado pelas Cortes Superiores quanto à possibilidade da execução provisória da pena.** Recurso especial e/ou extraordinário nº 70070445416. Douglas Braga Chagas e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070445416%26num_processo%3D70070445416%26codEmenta%3D7049574+execu%C3%A7%C3%A3o+provis%C3%B3ria+STF++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70070445416&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/11/2016&relator=Maria%20Isabel%20de%20Azevedo%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão e estado: a função ideológica da privação de liberdade.** Pelotas: EDUCAT, 1997.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. In: **Escritos de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001.

_____. A crise da segurança pública no Brasil, In: **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 30 set. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, n° 27, jul-set/1999. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/879424/mod_resource/content/1/U8%20-%20Grinover%20-%20A%20iniciativa....pdf>. Acesso em: 30 set. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. **Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

ISHIDA, Válter Kenji. **Prática Jurídica de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio** – os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. **Execução penal**. Coleção Saberes do Direito 9. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de execução penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASI, Carlos Velho. **Um duro golpe na presunção da inocência**. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11-7-84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Capítulo Princípio Constitucional Processuais Penais e Enfoques Penais. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/cfi/6/24!/4/24/4/2@0:0>>. Acesso em: 12 out. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSOS, Luisa de Marillac Xavier; PENSO, Maria Aparecida. **O papel da comunidade na aplicação e execução da justiça penal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PELUSO, Cezar. **Em defesa de uma justiça eficiente**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades n° 15**. P. 128-146 . Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%20C3%B1o%208%2020N%C2%BA%2015%20202006/Flavia%20Piovesan%20e%20Renato%20Stanziola.pdf>> acesso em: 22 set. 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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**. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos Recursos Extraordinário e Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O Trabalho dos Juristas na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: da Utilidade de uma crítica garantista. In: **Doutrina (05)**. Rio de Janeiro: ID, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.