

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Fernando Barreto Farias

PLS 147 E A EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO:
COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A
EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Porto Alegre

2018

FERNANDO BARRETO FARIAS

PLS 147 E A EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO:
COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A
EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva.

Porto Alegre

2018

FERNANDO BARRETO FARIAS

PLS 147 E A EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO:
COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A
EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva (Orientador)

Professora Vanessa Chiari Gonçalves

Professora. Ana Paula Motta Costa

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu forças e me concedeu o privilégio de ter minha família.

Aos meus pais, Paulo e Neide, sem vocês eu não teria chegado aqui.

Ao meu irmão, Paulo, e às minhas irmãs, Vanessa e, especialmente, Patrícia, que me auxiliaram inúmeras vezes durante o curso.

Ao professor e orientador Ângelo, pelo conhecimento e orientação.

À UFRGS, que me permitiu, pela segunda vez, a formação em um curso de excelência.

Quanto mais a pena for rápida e
próxima do delito, tanto mais justa e
útil ela será.

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a controvérsia presente no meio jurídico brasileiro a respeito da prisão após a segunda instância e sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Começa esclarecendo conceitos preliminares que são fundamentais para a compreensão de assuntos tratados posteriormente. Após se faz a análise das ideias que se contrapõem na questão central do trabalho. Primeiramente se trata do princípio da presunção de inocência, realizando exame de bibliografia. A seguir, trata-se da execução provisória da pena analisando os argumentos dos votos vencedores no julgamento do Habeas Corpus 126292. Por fim, toma-se o projeto de lei do senado 147/2018, que propõe uma solução legislativa para a controvérsia, materialmente astuta, mas de forma questionável. Na sequência se examina sua exposição de motivos, realizando análise do texto do projeto de lei, e se faz uma ponderação no sentido de avaliar se ela é capaz de pôr fim à controvérsia que se coloca neste trabalho.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292.

ABSTRACT

The present work deals with the controversy present in the Brazilian juridical environment regarding the prison after the second instance and its compatibility with the principle of presumption of innocence. It begins by clarifying preliminary concepts that are fundamental to the understanding of subjects discussed later. After analyzing the ideas that oppose each other in the central question of the work. Firstly, it is talked about the principle of the presumption of innocence, carrying out a bibliography. The following is a provisional execution of the sentence by analyzing the arguments of the winning votes in the judgment of Habeas Corpus 126292. Finally, the Senate Bill 147/2018 is proposed, proposing a legislative solution to the controversy, materially astute, but questionably. Subsequently, it examines its explanatory statement, conducting an analysis of the text of the bill, and weighs the question of whether it is capable of putting an end to the controversy that arises in this work.

Keywords: Principle of Presumption of Innocence. Provisional Execution of the Penalty. Federal Supreme Court. Habeas Corpus 126292.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – Código Penal brasileiro

CPP – Código de Processo Penal brasileiro

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 QUESTÕES PRELIMINARES	12
2.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO	12
2.2 TEORIAS DA PENA	13
2.2.1 <i>Teorias absolutas ou retributivas da pena</i>	14
2.2.2 <i>Teorias relativas, ou preventivas da pena</i>	16
2.2.2.1 A prevenção geral	17
2.2.2.2 A prevenção especial	20
2.2.3 <i>A teoria mista ou unificadora da pena</i>	21
2.2.4 <i>A posição adotada pelo Direito Brasileiro</i>	23
3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	25
3.1 ORIGEM	25
3.2 CONSEQUÊNCIAS.....	26
3.2.1 <i>Regra de Prova</i>	28
3.2.2 <i>Regra de Tratamento</i>	29
3.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES	30
3.3.1 <i>Europa</i>	31
3.3.2 <i>América do Norte</i>	32
3.3.3 <i>América do Sul</i>	33
3.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	34
4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	37
4.1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	37
4.2 ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCEDORES NO HC 126292.....	41
5 UMA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA	52
5.1 PROJETO DE LEI DO SENADO 147/2018.....	52
5.2 ANÁLISE DO PLS 147	56
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Uma questão relevante que aflige a sociedade brasileira já há algum tempo ganhou ainda maior comoção social após ser pautado para decisão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal um Habeas Corpus de relevante impacto social. A questão de fundo, para a qual já havia posição consolidada na corte, constitui o objeto deste trabalho. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal? Ou, de forma mais direta, a – como é popularmente chamada – prisão após a segunda instância fere a presunção de inocência? Como compatibilizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da jurisdição do Estado? As duas primeiras perguntas são abordadas nos capítulos 3 e 4; a última no capítulo 5.

A questão foi extensivamente debatida no Habeas Corpus nº 126292, em 2016, que representou uma restauração da posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal desde o início da vigência da Constituição de 1988. Por esta razão, este acórdão é analisado neste trabalho, pela importância que representou, e pela virada na posição jurisprudencial que proporcionou.

O argumento principal daqueles que sustentam não haver compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o cumprimento da pena a partir do fim da tramitação em segunda instância, é que ao não se respeitar o trânsito em julgado em todas as instâncias, resta violado o princípio. Este é, nesse sentido, analisado no capítulo 3 desde a sua origem, que remete a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, passa pelas suas consequências jurídicas – como as regras de prova e de tratamento –, e finalmente mostra sua positivação nos ordenamentos jurídicos das principais democracias pelo mundo e no Brasil.

Para se fazer o juízo adequado, se analisam os votos dos ministros no acórdão do HC 126292 que sustentam a tese da compatibilidade entre os institutos. Vários são as razões alegadas, como a efetividade da sentença penal, o não comprometimento do núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, a garantia da segurança coletiva e da ordem pública, a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, o fato da presunção de inocência não ser uma regra, nem ser dotado

de valor absoluto, a mitigação ao uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, a razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade, a preclusão do exame de questão fático-probatória nas instâncias extraordinárias, a necessidade de repercussão geral, e o posicionamento dominante na comunidade internacional.

Alguns desses argumentos usados pelos ministros envolvem conceitos de maior profundidade, razão pela qual foi realizada uma pesquisa na bibliografia de forma a dar a devida base teórica preliminar para que o argumento seja bem entendido. Esses conceitos são a distinção entre princípios e regras, e as teorias da pena, abordados no capítulo 2.

Por fim, analisa-se uma tentativa de solução legislativa da questão: o projeto de lei do senado, PLS nº 147/2018. O projeto propõe uma alteração legislativa no sentido de dar uma diretriz ao trânsito em julgado em matéria penal quanto ao seu alcance para o cumprimento da pena: a partir do fim do trâmite nas instâncias ordinárias – assim não se falaria mais em execução provisória da pena –. Para isso, sugere inserir um dispositivo na lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Dessa forma, o projeto atinge diretamente o argumento daqueles que entendem pela incompatibilidade.

Em relação à metodologia, adotou-se o processo descritivo, realizando pesquisa da bibliografia relativa aos conceitos fundamentais dos assuntos envolvidos, bem como da jurisprudência relacionada à questão no Supremo Tribunal Federal. Além disso, o PLS 147/2018, é analisado no sentido de avaliar se é capaz de pôr fim à controvérsia que se coloca neste trabalho.

2 QUESTÕES PRELIMINARES

Cumpra esclarecer inicialmente alguns conceitos que serão usados ao longo do trabalho. A diferença entre regra e princípio é fundamental para se entender o procedimento de aplicação do princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, a compreensão da teoria da pena, faz-se necessária para o entendimento da fundamentação usada no Supremo Tribunal Federal para o cumprimento eficaz da sentença condenatória penal.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

Conforme a abordagem de Robert Alexy, tanto regras, quanto princípios são espécies de normas, porquanto ambos dizem o que deve ser: “ambos podem se formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Este e aquele constituem “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”.¹

A diferença efetiva é de ordem qualitativa: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Assim sendo, os princípios são “mandamentos de otimização” (mandamento considerado em um sentido amplo, que engloba também as permissões e as proibições), qualificados por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.²

As regras, de outra forma, consistem em “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se uma regra incide, logo terá de haver a consequência jurídica prevista: “deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. O autor define ainda que “regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 87.

² Ibidem. p.90.

é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.³

A distinção proposta Ronald Dworkin, ainda que este reconheça que em muitos casos é de difícil estabelecimento, assemelha-se com a definição de Robert Alexy. A ideia de Dworkin é no sentido de que “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferenciam-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.⁴

O modo de aplicação das regras para Dworkin é o modelo de tudo ou nada (“all-or-nothing”). Uma vez “dados os fatos que uma regra estipula então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁵

Os princípios, de outra forma, estabelece Dworkin, “enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”. Portanto, não estabelecem a resolução a ser tomada, mas detêm os fundamentos que devem ser comparados com outros princípios para avaliação de qual possui maior densidade ou peso.⁶

Analisando os critérios que distinguem as regras e os princípios, fica claro a identificação da presunção de inocência à definição dada aos princípios por ambos autores. A *contrario sensu* deveria a presunção de inocência ser de aplicação nos moldes “tudo-ou-nada”, ou “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, o que inviabilizaria todo tipo de persecução criminal. Em vista disso, conclui-se que a presunção de inocência se alinha à categoria dos princípios.

2.2 TEORIAS DA PENA

³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 91.

⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39

⁵ DWORKIN. Obra citada. p 39.

⁶ DWORKIN. Obra citada. p 41.

Pertinente examinar, para o desenvolvimento do trabalho, as três linhas mais significativas das teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias mistas. Sobretudo porque a finalidade de prevenção constitui um dos fundamentos de justificação da execução provisória da pena.

2.2.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena

A característica fundamental das teorias absolutas reside em considerar a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado – razão pela qual também são conhecidas como teorias retributivas.⁷

Ensina Eugenio Zaffaroni, que “em alemão ‘culpabilidade’ é Schuld, palavra que tem dois sentidos: culpabilidade e dívida. De alguma maneira a pena retributiva imita a ideia de ‘pagamento’ (‘pagar as culpas’, ‘pagar as dívidas’) ”⁸. O direito penal de culpabilidade possui justamente essa concepção: “sustenta ser a pena uma retribuição pela reprovabilidade”.⁹

A ideia da pena em sentido absoluto, conforme Cezar Bitencourt, como um castigo, deve ser entendida no contexto do Estado absolutista, cujas características mais significativas eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além do enunciado obscuro de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus. Na figura máxima do Estado estava concentrado todo o poder legal e de justiça, que impunha a pena contra quem agisse contra ele, que estaria, de certa forma, rebelando-se contra o próprio Deus.¹⁰

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo. Saraiva. 2012. P. 149.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro [livro eletrônico]. 2ª ed. Em e-book baseada na 12ª ed impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Item 32.

⁹ ZAFFARONI. Obra citada. Item 32.

¹⁰ BITENCOURT. Obra citada. P. 149.

Apesar de haver distinção na concepção entre suas ideias, os principais representantes desta teoria são Kant e Hegel. Enquanto este considera a pena de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada; aquele justifica a pena como sendo de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito.¹¹

Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como um mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”. Assim, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania, e é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei.¹²

De acordo com Bitencourt, os imperativos categóricos ou hipotéticos significam um ‘dever-ser’, representando uma relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei.¹³

O raciocínio de Hegel se dá de forma distinta ao de Kant, dado que não tem um conceito imutável de pena, mas relacionado com sua teoria de Estado. A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A fundamentação hegeliana da pena é essencialmente jurídica: sua justificação reside na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, - simbolizada na ordem jurídica - que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig citado por Bitencourt, que, “se a ‘vontade geral’ é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o quantum ou intensidade da negação do direito, será também o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena.¹⁴

Segundo o pensamento de Hegel, o Direito vem a ser a expressão da vontade racional - vontade geral -, uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a

¹¹ BITENCOURT. Obra citada. P. 150.

¹² BITENCOURT. Obra citada. P. 151.

¹³ BITENCOURT. Obra citada. P. 152.

¹⁴ BITENCOURT. Obra citada. P. 154.

base do Direito. O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional - vontade particular -, configurando assim essa comum contradição entre duas vontades.¹⁵

A principal virtude das teorias absolutas de caráter retribucionista consiste na determinação de limites à imposição de pena, uma forma de garantia do indivíduo em face do juízo estatal. Seu equívoco teórico, foi confundir a questão relacionada com o fim justificador da pena (prevenção de crimes no futuro), com a distribuição da pena (a garantia de que o cometimento de um crime é a condição necessária da pena).¹⁶

2.2.2 Teorias relativas, ou preventivas da pena

Para as teorias relativas, também conhecidas como teorias utilitaristas, ou como teorias preventivas, a pena se justifica para prevenir a sua prática, não para retribuir o fato delitivo cometido. Dessa forma, a pena serve como intimidação e neutralização, isto é, ela se impõe para que não volte a delinquir - o Estado responde pelo fato cometido no passado, embora com os olhos voltados para o futuro-.¹⁷

Dessa forma, a pena: a) não é mais estabelecida como um fim em si mesmo, mas como meio para o alcance de fins futuros; e b) é justificada pela sua necessidade, a prevenção de delitos, não mais pelo fato passado.¹⁸

Conforme Zaffaroni, “as teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos”¹⁹. Feuerbach divide a finalidade preventiva da pena em duas direções distintas: prevenção geral e prevenção especial. Elas se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: os destinatários da prevenção geral, são “os membros da comunidade jurídica que não delinquiram”.²⁰, enquanto que o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu, o apenado.

¹⁵ BITENCOURT. Obra citada. P. 154.

¹⁶ BITENCOURT. Obra citada. P. 158.

¹⁷ BITENCOURT. Obra citada. P. 159

¹⁸ BITENCOURT. Obra citada. P. 162

¹⁹ ZAFFARONI. Obra citada. Item 34.

²⁰ ZAFFARONI. Obra citada. Item 34.

2.2.2.1 A prevenção geral

As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Conforme ensina José Antonio Paganella Boschi, “a prevenção é geral porque, com a pena, o Estado alerta a todos sobre o dever de agir em conformidade com as regras legais”²²

O método para alcançar o propósito das teorias da prevenção geral diferencia-se em duas versões: uma chamada de prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de afastar os possíveis delinquentes da prática delituosa futura através da ameaça de pena, ou apregoando com o exemplo do castigo eficaz; e outra chamada de prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.²³

2.2.2.1.1 Prevenção geral negativa

A teoria da prevenção geral negativa defendida por Feuerbach assevera que através do Direito Penal se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Para alcançá-la, deve-se conjugar a cominação penal - com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá - com sua efetiva aplicação, deixando-se clara a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração de Feuerbach, o iniciador da moderna ciência do Direito Penal, significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo.²⁴

Conforme define Jose Antonio Paganella Boschi, “é negativa a prevenção, porque ao mesmo tempo em que se castiga o infrator dissuade-se os cidadãos

²¹ BITENCOURT. Obra citada. P. 159.

²² BOSCHI, José Antonio Paganella. Penas e seus critérios de aplicação. 6. ed., rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.126

²³ BITENCOURT. Obra citada. P. 159.

²⁴ BITENCOURT. Obra citada. P. 160.

'honestos' a não praticarem crimes de qualquer espécie com a ameaça da pena"²⁵. A aplicação da pena cominada sinaliza aos cidadãos que devem evitar o caminho do crime. Assim, "castiga-se para que a sociedade, como um todo, puna o ofensor, permaneça em estado de alerta e reforce seu sentimento de confiança no direito".²⁶

De acordo com Cezar Bitencourt, "Na concepção de Feuerbach, a pena é uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, é uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo"²⁷. Nesse sentido acreditava-se que

o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga.²⁸

A ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem são as ideias fundamentais utilizadas por essa teoria para não cair no terror e no totalitarismo. Reconheceu-se, a capacidade racional livre do homem (livre-arbítrio), e um Estado racional em seus objetivos.²⁹

As críticas em relação à prevenção geral negativa originam-se da impossibilidade de constatação empírica da função intimidatória da pena. Destacam-se as seguintes:³⁰

a) Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário: os destinatários do Direito Penal devem conhecer as ações tipificadas como delito e as consequências da prática de atos criminosos, o que em geral não se verifica na prática entre os cidadãos, que têm uma noção vaga apenas graças a regras difusas do convívio social.³¹

b) A motivação do destinatário das normas: os destinatários da norma penal devem sentir-se motivados em seus comportamentos, sob pena de o seu conhecimento, simplesmente, ser estéril. Tinha-se a ideia de um homo economicus, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de

²⁵ BOSCHI. Obra citada. P.126.

²⁶ BOSCHI. Obra citada. P. 127

²⁷ BITENCOURT. Obra citada. P. 160.

²⁸ Angel Torio Lopez, El sustracto antropológico de las teorías penales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. n. 11, Madrid, 1986, p. 675. Apud Bitencourt. Obra citada.

²⁹ BITENCOURT. Obra citada. P.160.

³⁰ BITENCOURT. Obra citada. P.161.

³¹ BITENCOURT. Obra citada. P. 160

executá-la, leva à conclusão de que não vale a pena praticá-la. No entanto, isso não se verifica na prática, pois os autores de delitos dificilmente realizam um cálculo racional acerca das consequências de seus atos criminosos antes de cometê-los.³²

c) Idoneidade dos meios preventivos: Admitindo-se a existência de pessoas que conhecem a norma jurídico-penal e sua execução, sendo também pessoas motiváveis. Não se sabe se a adequação dos comportamentos com os mandamentos legais é consequência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, ou não.³³

A despeito das críticas, segundo Ferrajoli, o objetivo da prevenção geral negativa é capaz de assegurar o fundamento teórico-racional de três princípios garantistas: a) assentar princípio de legalidade, pois se a função do Direito Penal é prevenir delitos, a melhor forma de atingi-lo é indicando taxativamente as hipóteses de realização de uma conduta típica; b) fundamentar o princípio de materialidade dos delitos, pois somente é possível prevenir comportamentos exteriores, não estados de ânimo ou intenções subjetivas; c) dar suporte ao princípio de culpabilidade e de responsabilidade individual, dado que somente os comportamentos conscientes, voluntários e culpáveis são passíveis de prevenção através da ameaça de pena.³⁴

2.2.2.1.2 Prevenção geral positiva

Conforme Bitencourt, a teoria da prevenção geral positiva tem como objetivo principal mudar a forma de alcançar os fins preventivos: seriam agora alcançadas através de uma “mensagem dirigida a toda a coletividade social, no sentido da internalização e fortalecimento dos valores calcados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos”. Com isso, a pena assume uma “finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”.³⁵

³² BITENCOURT. Obra citada. P. 161

³³ BITENCOURT. Obra citada. P. 162

³⁴ BITENCOURT. Obra citada. P. 163

³⁵ BITENCOURT. Obra citada. P.163.

A prevenção geral é positiva, porquanto se “corrige o criminoso e reforça-se nos demais indivíduos da sociedade a autoridade do Estado e a necessidade de respeito às leis”³⁶. Dessa maneira, estimula-se a consciência coletiva para um futuro melhor.

São três os efeitos distintos que sustenta a teoria da prevenção geral positiva: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiabilidade no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito.³⁷

2.2.2.2 A prevenção especial

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.³⁸

A prevenção é especial porque o autor do fato criminoso ao sofrer a sanção é “estimulado a não reincidir, isto é, a arrepender-se pelo que fez e, agir doravante em conformidade com o dever jurídico de respeito aos bens jurídicos protegidos pelas normas penais”.³⁹

Ferrajoli propõe uma categorização das teorias da prevenção especial entre teorias da prevenção especial positiva, voltadas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, dirigidas à eliminação ou neutralização do indivíduo transgressor perigoso. Tais vertentes não se contrapõem, nem se excluem mutuamente, mas podem efetivamente contribuir colaborativamente para o alcance da finalidade da prevenção, conforme a personalidade do transgressor.⁴⁰

A prevenção especial, diferentemente das teorias anteriormente apresentadas, não busca a intimidação do grupo social, como as teorias preventivas gerais, nem a

³⁶ BOSCHI. Obra citada. P. 126.

³⁷ BITENCOURT. Obra citada. P.163.

³⁸ BITENCOURT. Obra citada. P.167

³⁹ BOSCHI. Obra citada. P. 126.

⁴⁰ BITENCOURT. Obra citada. P. 167.

retribuição do fato praticado, como as teorias absolutas, mas visa o indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os seguidores desta teoria não falam em pena – que, dizem, requer a liberdade, ou a capacidade racional do indivíduo -, mas em medida, que faz supor que o delinquente é um sujeito perigoso, ou fora do padrão normal, e, conseqüentemente, deve ser tratado conforme sua periculosidade. Já que o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, dessa forma, é corrigir, ressocializar ou inocuizar⁴¹

No aspecto político-criminal, a finalidade de prevenção especial está voltada para a ressocialização do delinquente durante o período de cumprimento da pena, não como um fim em si mesmo. Enquanto que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a ressocialização do transgressor.⁴²

Algumas são as objeções doutrinárias de que a prevenção especial é alvo. Destaca-se aqui uma delas que consiste em afirmar que em alguns casos os fins da prevenção especial não seriam eficazes, podendo levar à impunidade do autor: por exemplo, diante do criminoso que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inocuização, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência.⁴³

Nesse sentido pondera Cezar Roberto Bitencourt que a fundamentação da pena baseada tão somente em critérios preventivo-especiais acaba por “infringir importantes princípios garantistas, especialmente a necessidade de proporcionalidade entre o delito e a pena, e deriva num Direito Penal de autor difícil de sustentar”.⁴⁴

2.2.3 A teoria mista ou unificadora da pena

As teorias mistas ou unificadoras tentam congrega em um conceito único os fins da pena. Tenta-se compilar os aspectos mais destacados das teorias absolutas e

⁴¹ BITENCOURT. Obra citada. P. 169.

⁴² BITENCOURT. Obra citada. P. 170.

⁴³ BITENCOURT. Obra citada. P. 169.

⁴⁴ BITENCOURT. Obra citada. P. 170.

relativas. No início do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, Merkel, lançou a base do que é, desde então, a opinião mais ou menos dominante.⁴⁵

Conforme Mir Puig citado por Bitencourt, entende-se que “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”. Estas teorias partem da crítica às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.⁴⁶

A respeito do fundamento da pena, a posição adotada é que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com isso, afasta-se um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade da justificação externa da pena ante a sua justificação interna - por que punir antes responder ao quando punir.⁴⁷

Citando novamente Mir Puig, Bitencourt esclarece que “as teorias mistas ou unificadoras atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade e é a partir dessa base que as correntes doutrinárias se diversificam”. Baseada na fundamentação da pena e na retribuição, duas são as posições distintas que foram tomadas:⁴⁸

a) Uma posição identificada como conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, em que a proteção da sociedade deve ter como base a retribuição justa, e os fins preventivos desempenham um papel exclusivamente complementar na determinação da pena, sempre dentro da linha retributiva.

b) Outra, de cunho progressista, materializada no chamado Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que inverte os termos da relação: o fundamento da pena é a defesa da sociedade (a proteção de bens jurídicos), e a retribuição corresponde à função de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado.

É possível, pois, concluir que as teorias unificadoras guardam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como

⁴⁵ BITENCOURT. Obra citada. P. 170.

⁴⁶ BITENCOURT. Obra citada. P. 170.

⁴⁷ BITENCOURT. Obra citada. P. 171.

⁴⁸ BITENCOURT. Obra citada. P. 171.

sanção jurídico-penal. Dessa forma, a pena não pode ir além da responsabilidade resultante do fato praticado.⁴⁹

2.2.4 A posição adotada pelo Direito Brasileiro

Nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal, as penas, assim como medidas de segurança, visam à “segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis”. Embora respondendo bem às demandas contra a criminalidade, o Código Penal brasileiro foi passando por alterações sucessivas nas últimas décadas. As mudanças, no entanto, mantiveram o conceito utilitarista da pena, conforme se pode extrair, dentre outros dispositivos, do enunciado do artigo 59, e 1º da Lei de Execução Penal, ainda que a palavra “ressocialização” não conste explicitamente do texto desse artigo, que remete às suas finalidades preventivas, repressivas e de ressocialização.⁵⁰

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.⁵¹

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁵²

O Brasil, então, aderiu à doutrina alemã, afirma Paganella Boschi, conforme se conclui do confronto entre as legislações: “Nos artigos 47 e 56 do Código Penal

⁴⁹ BITENCOURT. Obra citada. P. 171.

⁵⁰ BOSCHI. Obra citada. P. 140

⁵¹ BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁵² BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

alemão estão presentes nitidamente elementos da teoria da prevenção geral”, posto que são normas com a finalidade de “proteger a ordem jurídica”. Também o artigo 2º da Lei das Execuções Penais considera a relevância e a pertinência com a atenção dada à ressocialização do transgressor e a aspiração de salvaguardar a comunidade do acometimento de outros delitos.⁵³

Está presente também a função retributiva da pena nos parágrafos 5º e 8º dos artigos 121 e 129, respectivamente, do Código Penal Brasileiro ao preverem o perdão judicial quando as consequências da infração alcançarem o próprio agente de forma tão grave “que a sanção penal se torne desnecessária”.⁵⁴

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

(...) § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...) § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)⁵⁵

⁵³ BOSCHI. Obra citada. P. 140.

⁵⁴ BOSCHI. Obra citada. P. 141.

⁵⁵ BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 ORIGEM

O marco inicial do princípio da presunção da inocência, para a maioria da doutrina⁵⁶, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, que estabeleceu em seu artigo 9º-IX que “Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”, o que veio a se tornar um postulado universal, compondo todos os diplomas jurídicos posteriormente editados pelos principais organismos internacionais.⁵⁷

O uso de tortura era comum à época, como depreende-se do seguinte trecho de Beccaria:

Uma crueldade que o uso consagrou na maior parte das nações é a tortura do réu enquanto se prepara o processo, quer para forçá-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices ou sabe-se lá por qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que o réu poderia ser o autor, mas dos quais não é o acusado.⁵⁸

Dessa forma, a presunção de inocência pretendia alterar a então vigente presunção de culpabilidade, em que o acusado deveria comprovar sua inocência, coibindo o rigor excessivo e constituiu um enorme avanço para a época.

O segundo marco foi dado pela a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU), influenciada pelo marco inicial de 1789 como se verifica pela redação do art. XI, 1: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Enquanto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 definiu a presunção de inocência no sentido de punir o rigor desnecessário, mantendo

⁵⁶ BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

⁵⁷ BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Brasília: Escola de Administração Judiciária TJDFT, 2015. p. 33.

⁵⁸ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002. p. 47.

um isolamento referencial do princípio; na Declaração dos Direitos dos Homens de 1948 o princípio recebeu um parâmetro temporal e outras duas garantias processuais: a “publicidade” e, como consequência da consolidação do sistema acusatório, a necessidade de apresentação de “defesa”. Além disso, insere-se um referencial condicionante: presume-se a inocência do imputado “até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.⁵⁹

Posteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também previu a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, 2, 1ª parte: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. No Brasil, o Congresso Nacional aprovou referido pacto pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto n. 678, de 6 de maio de 1992, determinou sua vigência.⁶⁰

Em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, que confere status de norma constitucional para os direitos e garantias decorrentes de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, vários doutrinadores consideram que o princípio da presunção de inocência passou a integrar em toda sua amplitude o sistema jurídico brasileiro.⁶¹

Considerando a análise da presunção de inocência nas constituições Europeias, da América do Norte, e da América do Sul presente em BARBAGALO⁶², o autor conclui que o princípio tem uma condição universal, apesar de não aparecer expressamente em todos os textos constitucionais, nem guardar homogeneidade na sua redação. O certo, no entanto, é que os diplomas internacionais não asseguram a condição de inocente até o julgamento definitivo do processo criminal, mas tão somente até “que a sua culpabilidade tenha sido legalmente comprovada”.

3.2 CONSEQUÊNCIAS

⁵⁹ BARBAGALO. Obra citada. p. ,39.

⁶⁰ Ibidem. loc. Cit.

⁶¹ Ibidem. p.40.

⁶² Ibidem. p. 41-46.

Conforme esclarece Ferrajoli, a presunção de inocência do imputado é a garantia processual que ele tem de não ser considerado culpado até que prova contrária justifique a condenação:

Se é verdade que a verificação dos crimes e a aplicação das penas são possíveis apenas com sentença de condenação sucessiva a um processo, processo e condenação são condições em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado, mas inocente, e não é suscetível de lhe ser aplicada uma pena nem que seja a título preventivo ou cautelar. Disso segue o corolário de que o ônus da prova pertence à acusação (*nulla accusatio sine probatione*): isto é, aquela regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado.⁶³

De uma forma geral para a doutrina o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, requer a observância de duas regras específicas em relação ao paciente da ação penal: a primeira de tratamento que indica que o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a segunda de caráter probatório, que estabelece que o ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria deve recair exclusivamente sobre acusação. Para a defesa resta tão somente demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade.⁶⁴

Consoante ensina Magalhães Gomes Filho, o princípio da presunção de inocência nos textos constitucionais atuais e nas declarações internacionais de direitos humanos é referido por vezes em termos de “presunção”, ao passo que em outras se prefere a referência à circunstância do réu no decurso do processo penal: estado de inocência ou de não culpabilidade. Conquanto não se trate “de perspectivas contrastantes, mas convergentes”, no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos atinentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se favorece a questão do tratamento do réu, obstando-se a aplicação de providências que importem sua equiparação com o culpado.⁶⁵

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão [Livro eletrônico]: teoria do garantismo penal. 1ª ed em e-book baseada na 4ª ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Item X.45.

⁶⁴ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014.p. 48.

⁶⁵ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31.

3.2.1 Regra de Prova

Uma decorrência do princípio da presunção de inocência, inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, é que deve funcionar como regra de prova, isto é, a incerteza sobre materialidade e autoria delitivas beneficiam o réu (*in dubio pro reo*) e impõe carga material da prova às partes acusadoras - o ônus de se provar a responsabilidade penal cabe ao Estado.⁶⁶

De acordo com o Ministro Luis Fux:

o princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação. O exame histórico evidencia que o princípio da presunção da inocência está fortemente vinculado à questão probatória no processo penal. Reforça essa conexão à questão probatória a forma com a qual o referido princípio foi contemplado em diversos textos internacionais de Direitos Humanos.

Segundo o art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Nos termos do art. 6º, item 2, da Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950, "toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada a sua culpa segundo a lei".

Conforme estabelecido no art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU, de 1966, "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

No mesmo sentido, encontra-se o art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

E, no relativamente recente Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a vinculação da presunção de inocência com a questão probatória é posta de forma ainda mais clara quando o seu art. 66, ao definir a presunção de inocência, estabelece que, "para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".⁶⁷

⁶⁶ BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. Raquel Elias Ferreira Dodge. Brasília-DF, 5 de março de 2018. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_PARECER_ADCS_43_e_44_Execuo_Provisoria.pdf>. Acesso em 1º jun. 2018. p. 22.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito

3.2.2 Regra de Tratamento

Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 vem a consequência do princípio da presunção de inocência servir como regra de tratamento do réu no processo penal, vetando-se antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, em situações práticas, palavras e gestos como se este já houvesse sido condenado definitivamente por sentença do Poder Judiciário.⁶⁸

A presunção de inocência protege o réu de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de restar provada a sua responsabilidade criminal, não necessitando que o julgamento seja definitivo.⁶⁹

A vedação do uso de algemas sem que a devida necessidade seja comprovada, nos termos da súmula vinculante nº14 do Supremo Tribunal Federal, é um exemplo em que aparece a consequência de uma regra de tratamento.⁷⁰

A regra de tratamento processual aparece de forma clara na presunção da inocência inscrita na primeira parte do artigo 5º-LVII da Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse aspecto trata-se de um direito fundamental processual de âmbito negativo. Porém, se a lei define o que não é, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Isto é, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. No entanto, como a lei dá apenas

Federal, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 1º jun. 2016. p. 158.

⁶⁸ BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. p. 23.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. p. 15.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 02/02/2009. DJe nº 26 de 09/02/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 01 jun. 2018.

linhas gerais, não se obsta ela regulamente os procedimentos, tratando o réu de forma progressivamente mais gravosa, conforme o processo evolui.⁷¹

Por outro lado, Eugênio Pacelli ensina que decorre das regras de tratamento que o estado de inocência se efetiva principalmente em relação à prisão provisória, ou seja, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no instituto da liberdade provisória, que nada mais é do que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais substitutivas da prisão.⁷²

Neste íterim, o princípio exerce uma função consideravelmente relevante exigindo que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ser de natureza cautelar. O estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão só pode ser efetuada quando fundada em razões de extrema necessidade, a conhecida prisão processual, realizada em caráter excepcional, de natureza acautelatória e instrumental, ou seja, decorrente da necessidade de preservar a efetividade do processo penal e o fim por este buscado, qual seja, condenar o culpado e garantir a segurança da sociedade.⁷³

Outro desdobramento do princípio é que para o ato de indiciamento em inquérito policial é possível reclamar-se a presença de justa causa, uma condição da ação penal, uma vez que esta condição impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente.⁷⁴

3.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES

A garantia da presunção da inocência está presente na constituição dos principais países pelo mundo, e ainda que não esteja expressamente presente nos textos constitucionais, é efetivamente aplicada por preceito implícito decorrente de outras garantias processuais como o devido processo legal, ou ainda mesmo pelas

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Paciente: Marcos Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavaski. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 01 jun. 2018. p.39.

⁷² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

⁷³ Ibidem. Loc cit

⁷⁴ Ibidem. p.49.

normas de recepção dos direitos fundamentais reconhecidos nos diplomas internacionais (como o art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira). Isso evidencia a notável evolução que a consolidação dos direitos fundamentais obteve com o passar dos anos.⁷⁵

3.3.1 Europa

Na Constituição da Quinta República Francesa, a presunção de inocência não é mencionada categoricamente, mas no preâmbulo esclarece que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, possui força constitucional: “O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946”.⁷⁶

Na Itália a presunção de inocência é prevista constitucionalmente no art. 27-2, “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.⁷⁷ A redação da Constituição italiana é bastante próxima à da presunção de inocência da Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, LVII).⁷⁸

Por sua vez, a Constituição Espanhola de 1978, em um inciso complexo (art. 24, I), também prevê a presunção de inocência no capítulo segundo:

Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência.⁷⁹

⁷⁵BARBAGALO. Obra citada. p.41.

⁷⁶FRANÇA. Constituição. Versão em português disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acessado em 09 jun. 2018.

⁷⁷ITÁLIA. Constituição Italiana. Versão em português disponível em <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 09 jun. 2018.

⁷⁸BARBAGALO. Obra citada. p. 42.

⁷⁹ESPAÑA. Constituição. Versão em português disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2018.

Também a Constituição da República portuguesa de 1976, optou por compor diversas garantias em um mesmo texto, estabelecendo no art. 32, “Garantias de processo criminal, 2: Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”⁸⁰ Na reforma constitucional de 1982, formulou-se a pertinente associação de presunção de inocência e duração razoável do processo sob o mesmo item, além da instituição de um referencial temporal de eficácia da presunção de inocência: o trânsito em julgado da sentença de condenação.⁸¹

A Constituição Alemã (Lei Fundamental) de 1949, apesar de estar previsto nas diversas Constituições Estaduais da Federação, não contempla taxativamente a presunção de inocência, porém o Tribunal Federal Constitucional considera a garantia incluída no princípio do Estado de Direito e parte da doutrina a considera deduzida do respeito à dignidade humana (art. 1º da Constituição) ou do reconhecimento das regras de Direito Internacional (art. 25 da Constituição).⁸²

3.3.2 América do Norte.

No Canadá, o Ato Constitucional de 1982 (Constitution Act), a previsão da presunção de inocência está determinada na Carta Canadense de Direitos e Liberdades (part I), encontrando-se entre os direitos legais (legal rights), no item 11, nos seguintes termos: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial”.⁸³

Da mesma forma, na antiga Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 está presente a previsão específica da presunção de inocência, no artigo 20 (apartado B), que cuida dos direitos das pessoas imputadas, sendo que nos termos do item I, toda pessoa tem direito “a que se presuma sua inocência

⁸⁰PORTUGAL. Constituição. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 01 jun. 2018.

⁸¹BARBAGALO. Obra citada. p. 42.

⁸²Ibidem. Loc cit.

⁸³Ibidem. p. 43.

enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa”.⁸⁴

Na Constituição norte-americana de 1787 não há previsão expressa da presunção de inocência, embora tenha tido a primeira proclamação institucional dos direitos fundamentais do homem. Não obstante, o princípio da presunção de inocência foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Coffin v. United States* em 1895⁸⁵, e teve sua história detalhada na referida decisão.⁸⁶

3.3.3 América do Sul

A Constituição Argentina não prevê expressamente a garantia da presunção de inocência, mas há o entendimento por parte da doutrina que foi recepcionada pelos dispositivos do art. 31, que reconhecem também os tratados com estados estrangeiros como “lei suprema da Nação” e também o art. 33 da carta que recepcionou “outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem dos princípios da soberania do povo e da forma republicana de governo”.⁸⁷ Além disso, outro segmento da doutrina considera que há registro da presunção de inocência implícito nos artigos 18 e 19 da Constituição, que tratam diversas regras processuais, inclusive o devido processo legal.

De forma semelhante acontece na Constituição do Uruguai: a cláusula da presunção de inocência não é prevista de forma explícita, mas alguns autores afirmam que estaria implícito no art. 12, referente ao devido processo legal: “Ninguém pode ser punido ou preso sem o devido processo legal e sentença legal”.⁸⁸

Na Constituição Política da República de Chile de 1980 não foi contemplada a fórmula tradicional da presunção de inocência, mas alguns autores chilenos expressam que a garantia estaria implicitamente contida no art. 19, n° 3°, inc. 6°, 84 cuja redação é a seguinte: “A lei não poderá presumir a responsabilidade penal”.⁸⁹.

⁸⁴ Ibidem. Loc cit.

⁸⁵ Disponível em <constitution.org/ussc/156-432.htm> Acesso em 09 jun. 2018.

⁸⁶ BARBAGALO. Obra citada. p. 43.

⁸⁷ No original: “Otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁸⁸ No original: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

⁸⁹ No original: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Além disso, Código de Processo Penal Chileno prevê a garantia expressamente no seu art 4º.⁹⁰

No Peru, no Paraguai e na Venezuela, a a presunção de inocência está positivada expressamente na Constituição. No primeiro caso, aparece no art. 2º, 24. “e” da Constituição: “Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade”.⁹¹ No segundo, no art. 17 (Dos direitos processuais): “No processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência”.⁹² E, finalmente, no terceiro, no art. 49 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999: “O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário”.⁹³

3.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Aparece no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Apesar de as constituições republicanas brasileiras previrem um capítulo referente a “direitos e garantias individuais” - Constituição de 1891, art. 72; Constituição de 1934, art. 113; Constituição de 1937, art. 122; Constituição de 1946, art. 141; Constituição de 1967, art. 150 e Emenda Constitucional de 1969, art. 153 - nenhuma acolheu expressamente a garantia da presunção de inocência, exceto a Constituição de 1988, que foi pioneira nessa normatização.⁹⁴

⁹⁰ No original: “Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em 09 jun. 2018.

⁹¹ No original: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

⁹² No original: “En el proceso penal, o en cualquier otros del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia”.

⁹³ No original: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

⁹⁴ BARBAGALO. Obra citada. p. 47.

O formato adotado pelo constituinte brasileiro para presunção de inocência foi no sentido do art. 27.2, da Constituição italiana: “O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva”⁹⁵. No Brasil, a Constituição estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Importante pontuar que não foi utilizada a expressão “inocência” para designar a garantia processual, e são vários os autores que entendem que a Constituição não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim uma presunção de não culpabilidade. Há de se destacar que jurídica e historicamente a presunção de inocência e da não culpabilidade, na origem, não se equivalem, sendo fonte de profunda divergência entre as chamadas Escolas Penais italianas do século XIX e XX⁹⁶

A interpretação literal do enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, leva a um questionamento: se impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e, sabe-se que o juiz deve estar convicto ao pronunciar o decreto condenatório, então, como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado?⁹⁷

Conforme Magalhães Gomes Filho, a presunção de inocência deve ser entendida no sentido ideológico ou político, pois exprime uma orientação ao legislador, que é a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.⁹⁸

Dessa forma, o enunciado normativo não deve ser entendido como uma presunção jurídica ou lógica, mas sim política, na medida em que a inocência não se trata, em todos os casos, de uma realidade. Constitui uma imputação ética destinada aos operadores do direito: deve-se considerar o indivíduo processado criminalmente – hipossuficiente e fragilizado na relação processual – como inocente, ainda que

⁹⁵ Na versão em português: “Art. 27 A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte.”. Disponível em https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 09 jun. 2018.

⁹⁶ Ibidem. p.55.

⁹⁷ Ibidem. p. 67.

⁹⁸ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 37.

futuramente se demonstre sua culpa. É, portanto, uma garantia relativa, a admitir juízo contrário, e se materializa em regras de tratamento e na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais (favor libertatis), na produção, em contraditório, e análise do conjunto probatório (in dubio pro reo).⁹⁹

⁹⁹ BARBAGALO. Obra citada. p. 70.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

4.1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional da presunção de inocência oscilou desde promulgação da Constituição de 1988.

O marco inicial da jurisprudência do STF se deu no HC 68.726/DF, quando o relator do caso, Ministro Néri da Silveira, fixou o entendimento de que não era necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória para iniciar-se a execução da pena imposta. O acórdão foi assim ementado:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.¹⁰⁰

A posição foi reiterada pelo Pleno diversas vezes no sentido de que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”¹⁰¹, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível conferia destacado “juízo de consistência da acusação” – o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação –, e que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150769&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 74983, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997, DJ 29-08-1997. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109670&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

Como exemplo, vide o Habeas Corpus 91.675, relatado pela Ministra Cármen Lúcia; e o Habeas Corpus 70.662, relatado pelo Ministro Celso de Mello, assim ementados:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO- CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.¹⁰²

“(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.¹⁰³

Além disso, essa posição foi positivada nas Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por hipótese casos de de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Conforme se observa a seguir:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁰⁴

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.¹⁰⁵

Em fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG relatado pelo Ministro Eros Grau no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 7 votos (Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) a 4 (Menezes Direito, Cármen Lúcia

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007. Disponível em

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089657&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70662, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 21/06/1994, DJ 04-11-1994. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106558&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

¹⁰⁴ Brasil. STF. Súmula n. 716. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 jun. 2018.

¹⁰⁵ Brasil. STF. Súmula n. 717. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie), adotou-se posição diversa, e declarou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁰⁶ O acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por

¹⁰⁶ O caso deste emblemático HC refere-se a Omar Coelho Vítor, conhecido produtor de leite da região, condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado após ser julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal).

responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.¹⁰⁷

Esta posição se manteve até o ano de 2016, quando no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº. 126.292/SP¹⁰⁸ sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki no Plenário da Corte, o Supremo Tribunal Federal, por um placar de 7 votos a 4¹⁰⁹, decidiu que a execução provisória do acórdão que, em sede de apelação, confirmou a sentença penal condenatória, não viola o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, mesmo a decisão estando sujeita aos recursos especial e extraordinário. Dessa forma, restabeleceu a jurisprudência predecessora, preponderante desde o início da Constituição de 1988. Esta decisão caracterizou uma virada jurisprudencial, bem como uma mudança de paradigma na persecução penal no país. A decisão foi assim ementada:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

¹⁰⁷ Brasil. STF. HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseAcordao>>. Acesso em 15 jun. 2018.

¹⁰⁸ O caso que motivou tal HC envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

¹⁰⁹ Pelo indeferimento do pleito, Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Pela manutenção da jurisprudência, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

POSSIBILIDADE. 1. 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.¹¹⁰

Após esta decisão emblemática, a discussão foi retomada – e permanece até hoje – sobre a necessidade de efetividade do processo penal, o princípio da presunção de inocência e a adequação do início da execução da pena após terminado o trâmite nas instâncias ordinárias, na pendência da análise recursal de natureza extraordinária.

4.2 ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCEDORES NO HC 126292

Para aprofundar a análise, os principais argumentos dos votos vencedores no HC 126292 serão detalhados. Apenas os vencedores serão objeto de análise, uma vez que o princípio da presunção de inocência já foi tratado no capítulo anterior – o principal, e basicamente único, argumento da corrente contrária à execução provisória da pena reside justamente no princípio da presunção de inocência e na necessidade de considerar o trâmite nas instâncias extraordinárias um requisito para o trânsito em julgado da ação –.

Em vez de apresentar de cada voto em separado, tentou-se agrupar os argumentos semelhantes dos vários votos sob um mesmo tópico, tornando assim a forma de apresentação mais concisa e, conseqüentemente menos cansativa.

O Ministro Teori Zavascki começa seu voto, de forma introdutória, afirmando ser necessário um equilíbrio entre o princípio da presunção da inocência (e seu alcance), e a efetividade da “função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.¹¹¹

O Ministro Luis Roberto Barroso pontua que o requisito da prisão é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente - conforme o inciso LXI

¹¹⁰ BRASIL. STF. Habeas Corpus 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000321544&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

¹¹¹ Ibidem. p. 4.

do art. 5º da Constituição Federal – e não o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inciso LVII do mesmo artigo). Continua dizendo que analisando a literalidade dos incisos, enquanto o LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o inciso LXI determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Dessa forma, tendo em vista ambos os incisos, conclui-se que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. E esta, conseqüentemente, não é impossibilitada nem pelo princípio da presunção de inocência, nem pela inexistência de trânsito em julgado.¹¹²

Outro ponto levantado pelo ministro Luis Roberto Barroso, é que a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).

Continua o Ministro Barroso, dizendo que as regras são normalmente descritas de forma objetiva, caracterizam determinadas condutas, e seu emprego se dá na forma “tudo ou nada”: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e se produz o resultado. Entretanto, os princípios não se aplicam dessa forma, mas com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Emprega-se a técnica da ponderação no caso de advir colisão de princípios.¹¹³¹¹⁴

Nesta linha assevera o ministro Edson Fachin, no sentido de que nenhuma norma, sobretudo as de cunho principiológico, pode ser “descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a

¹¹² Ibidem. p. 9.

¹¹³ Ibidem. p. 38.

¹¹⁴ Nota-se que o ministro adotou a concepção de diferenciação entre regra e princípio de Dworkin, que foi objeto de capítulo introdutório neste trabalho.

ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição”.¹¹⁵

No caso específico sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal, diz o ministro Barroso, colidem dois conjuntos de normas constitucionais. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, que, levado para a máxima intensidade de incidência, requer que nenhum efeito da sentença penal condenatória possa ser sentido pelo acusado até a definitiva declaração de sua responsabilidade criminal. De outro, está a efetividade da lei penal, em prol dos objetivos da pena, a saber a prevenção geral e a prevenção específica, e dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal (vida, dignidade humana, integridade física e moral, entre outros), todos embasados pela Constituição - v.g. arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança) -. A aplicação da pena promove a prevenção especial, desencorajando a reiteração delitiva do infrator, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade, assuntos já tratados anteriormente neste trabalho.

Continua o ministro Barroso:

A ponderação a ser realizada deve levar em conta que o princípio da presunção de inocência assume peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, já o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. De outra forma, advindo decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há uma redução notória do peso do princípio da presunção de inocência e correspondente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. Nesse momento já há reconhecimento da responsabilidade penal do réu e obrigatoriamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.¹¹⁶

Conclui o argumento dizendo que, em vista disso, a balança pende para o que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça em detrimento do que se perde em relação ao princípio da inocência (a prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado). Corrobora tal conclusão a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Outro argumento do ministro Barroso é que se emitindo o acórdão penal condenatório em grau de apelação exaurem-se as instâncias ordinárias e a execução

¹¹⁵ Ibidem. p. 22.

¹¹⁶ Ibidem. p. 41.

da pena passa a constituir, normalmente, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

Conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal, explica o ministro Barroso, a prisão preventiva pode ser decretada em três situações desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) a conveniência da instrução criminal, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc; (ii) a garantia de aplicação da lei penal, procurando evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) a garantia da ordem pública e da ordem econômica. O Supremo Tribunal Federal tem firmado posição no sentido de que a garantia da ordem pública visa resguardar a integridade física do acusado, impedir a reiteração de práticas delitivas, e assegurar, especialmente do Poder Judiciário, a credibilidade das instituições públicas. Estando presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde de que de modo fundamentado.

Conclui o argumento afirmando que após a condenação do réu em segundo grau de jurisdição algumas certezas jurídicas são estabelecidas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de reexame de fatos e provas. Neste contexto, atrasar de forma injustificada a prisão do réu condenado diverge da preservação da ordem pública, concebida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade dos membros da sociedade. Comprometem-se a, já abalada, credibilidade do Judiciário, além dos deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal.

Um ponto importante que o ministro Edson Fachin levanta é relativo ao uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. No sistema recursal brasileiro, diz o ministro, o trânsito em julgado sujeita-se em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais descabido que seja, por mais despropositadas que sejam as razões recursais invocadas, são ainda muito exordiais os métodos legais com a finalidade de rejeitar recursos protelatórios.

Se o princípio do art. 5º, LVII, da Constituição Federal dispusesse de jaez absoluto, no limite dever-se-ia aceitar que a execução da pena privativa de liberdade só poderia cumprir-se “quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de

opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado”.¹¹⁷

Também o ministro Teori Zavascki traz algo nesse sentido. Diz ele que conforme o art. 117, IV, do Código Penal, o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis. Não produzem, conseqüentemente, a interrupção da contagem do prazo prescricional os apelos protelatórios, além de não serem dirigidos para a resolução de questões fático-probatórias. Dessa forma, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”. Portanto, executar a pena após proferido o acórdão é “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”.¹¹⁸

O ministro Luis Roberto Barroso argumenta que a razoável duração do processo é dever do Estado e exigência da sociedade. Quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido, ou pelo menos não de forma tempestiva, tanto o condenado quanto a sociedade deixam para trás a convicção na jurisdição penal. O criminoso, porque passa a crer que não há repreensão de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: de um lado, fracassando a função de prevenção geral do direito penal, aqueles que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não o fazer, já que concluem que há grandes chances de o ato manter-se impune; de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se descrentes quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados. De forma que “o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário”.¹¹⁹

Levanta outro ponto o ministro Edson Fachin: os recursos de natureza extraordinária não têm a finalidade de examinar as sentenças em casos concretos. A

¹¹⁷ Ibidem. p. 25.

¹¹⁸ Ibidem. p. 18.

¹¹⁹ Ibidem. p. 48.

análise da matéria fática é constituída nas instâncias ordinárias, e não deve ter a possibilidade de ser reexaminada pelas Cortes Superiores, cuja finalidade precípua é a preservação da higidez do sistema normativo. STF e STJ podem, nas palavras do eminente ministro Edson Fachin, apenas conferir “aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes”.¹²⁰

Também o ministro Teori Zavascki desenvolveu este ponto. De acordo com ele, salvo nos restritos casos de revisão criminal, nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Aqueles recursos dotados de caráter extraordinário têm âmbito de cognição estrito à matéria de direito, e não de tratar de matéria fático-probatória constituindo um desdobramento do duplo grau de jurisdição - uma vez que não são recursos de natureza devolutiva-. De forma que ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação.

O ministro Edson Fachin argumenta que o exame de matéria pelas instâncias extraordinárias requer repercussão geral. Sustenta que se dá de forma excepcional o acesso via recurso aos tribunais superiores. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados integrantes dessas Cortes rechaça qualquer compreensão no sentido de fazê-las instâncias revisoras universais. O acesso às instâncias extraordinárias tem o objetivo de oportunizar ao Supremo Tribunal Federal, e ao Superior Tribunal de Justiça atuarem como “estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”.¹²¹

Ademais, da leitura do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, – que se transcreve abaixo - verifica-se que, com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada é um requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário. Ou seja, não é suficiente que o “recorrente demonstre que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito

¹²⁰ Ibidem. p. 23.

¹²¹ Ibidem. p. 23.

constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal".¹²²

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....
 § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.¹²³

O ministro Teori Zavascki também explora este argumento e acrescenta que se pode dizer que o "STF somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que ultrapassem o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto".¹²⁴

Outro ponto que apareceu em vários votos foi a necessidade de revisão pelo STF e STJ na eventualidade de correção de equívocos nos juízos condenatórios. Nas palavras do ministro Edson Fachin, citando em tradução livre Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, "não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra".¹²⁵

Não há dúvidas de que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, tal qual também nas instâncias extraordinárias, pondera o saudoso ministro Teori Zavascki. No entanto, existem métodos próprios para se mitigarem os prejuízos para o condenado, suspendendo, caso necessário, a execução provisória da pena. Por exemplo, cita o ministro, "medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos".¹²⁶

¹²² Ibidem. p. 24.

¹²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

¹²⁴ BRASIL. STF. HC 126292. p. 16.

¹²⁵ Ibidem. p. 20.

¹²⁶ Ibidem. p.19.

O ministro Edson Fachin considera a existência, ainda que rara, de decisões jurisdicionais teratológicas nas instâncias ordinárias, mas conclui que “isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau”.¹²⁷ Como remédio pra sanar tais situações, além daquele já exposto pelo ministro Teori Zavascki, cita o “habeas corpus, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte”.¹²⁸

Acrescenta o ministro Teori a justificativa do não comprometimento do núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade. Porquanto o acusado, desenvolve o ministro, foi devidamente tratado como inocente no curso do processo criminal na esfera ordinária, observando-se os direitos e as garantias próprias a ele, e respeitando-se as regras probatórias, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não prejudica o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade.

O ministro Teori Zavascki cita o exemplo da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu “art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado”¹²⁹. E completa dizendo que se confirma, neste caso, que o acórdão condenatório produz efeitos contra o acusado, ainda que antes do trânsito em julgado, sem que haja mácula ao princípio da presunção de inocência. Apesar da citação imprecisa, a situação de fato se verifica. Para esclarecimento, se reproduz a seguir o trecho da lei complementar 64/1990 alterado pela lei complementar 135/2010 a respeito da inelegibilidade.

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

.....

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)¹³⁰

¹²⁷ Ibidem. p.25.

¹²⁸ Ibidem. p.26.

¹²⁹ Ibidem. p.12.

¹³⁰ BRASIL. Lei Complementar 64/1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

O último argumento que se quer destacar neste trabalho foi trazido pelo ministro Teori Zavascki, e trata do posicionamento dominante na comunidade internacional. O ministro transcreve um artigo que aqui se passa a analisar.¹³¹

Na Inglaterra, a posição atual é no sentido de aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, excetuando-se os casos em que haja expressa garantia à liberdade mediante pagamento de fiança. Ou seja, o direito de aguardar em liberdade não é absoluto, e não é garantido em todas as situações.¹³²

Nos Estados Unidos, a presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional, mas se considera como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. O Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), ao qual todos os Estados estão submetidos, dispõe em seu art. 16 que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”.¹³³

Considera-se compatível a imediata execução da pena após a decisão penal condenatória, conforme disposição expressa no US Code, Código dos Estados Unidos. Um fato curioso citado no artigo é que “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Além disso, informa que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.¹³⁴¹³⁵

No Canadá, o código criminal dispõe que “uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta”. Assim, executa-se a pena após proferida a sentença de primeiro grau, excetuada a situação de fiança, “que deve

¹³¹Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 507 apud BRASIL. STF. HC 126292. p.9.

¹³² Ibidem. p. 12.

¹³³ Ibidem. p. 13.

¹³⁴ Conforme indica o artigo, a informação consta de Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

¹³⁵ Ibidem. p. 13.

preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense”.¹³⁶

Na Alemanha, em face de uma sentença penal condenatória, embora a grande relevância da presunção da inocência, são poucos os recursos dotados de caráter suspensivo pelo Código de Processo Alemão. É pacífico, no entanto, e o Tribunal Constitucional tem julgado nesse sentido, que não há recurso aos Tribunais Superiores com efeito suspensivo. É considerado que “a eficácia é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário”. Assim, “as decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas”.¹³⁷

Na França - onde foi adotado pela Constituição de 1958 o modelo de direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - o Código de Processo Penal Francês prevê no art. 465 as “hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo penderem outros recursos”.¹³⁸

Em Portugal, o Tribunal Constitucional Português dispõe que “tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares”.¹³⁹

Vigora também na Espanha, o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Inclusive o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol “admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior”.¹⁴⁰

Também não é diferente na Argentina, onde a execução penal deve ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos do art. 495 do Código de Processo Penal federal, podendo ser diferida apenas “quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento

¹³⁶ Ibidem. p. 13.

¹³⁷ Ibidem. p. 14.

¹³⁸ Ibidem. p. 14.

¹³⁹ Ibidem. p. 14.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 15.

da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida”¹⁴¹

Portanto, o STF, ao adotar essa posição no julgamento do HC 126292, estabeleceu um equilíbrio entre o direito à liberdade do acusado, amparado na presunção de inocência, e o direito de segurança da sociedade. A presunção de inocência está respeitada porque presente – além das outras garantias decorrentes – o duplo grau de jurisdição, uma vez que é necessária a confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de apelação, ou seja, o trânsito em julgado das instâncias ordinárias. E a sociedade está segura porque é efetivo o processo penal, visto que a sentença é cumprida e não postergada indefinidamente por recursos protelatórios da defesa.

¹⁴¹ Ibidem. p. 15.

5 UMA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

O Poder Legislativo reagiu a controvérsia que já há algum tempo aflige o país, sobretudo em relação a segurança jurídica. A prisão do réu a partir do acórdão condenatório e encerramento da tramitação na instância ordinária é objeto de quatro projetos de lei que tramitam no Senado¹⁴². O objeto de análise neste trabalho é o Projeto de Lei do Senado (PLS) 147/2018, do senador Cássio Cunha Lima (PSDB-PB), e é relatado pelo senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), que o considera uma “solução legislativa” contra a impunidade. Exageros políticos a parte, o projeto tem voto favorável do relator, que trabalha para incluir a matéria na pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Sustenta o relator que “a medida não elimina as garantias constitucionais da ampla defesa inerentes ao devido processo legal”.¹⁴³

Este capítulo segue com a exposição de motivos do projeto de lei no seu estágio atual, e após é feita uma análise a respeito da solução proposta da controvérsia entre o princípio da presunção de inocência e suas garantias decorrentes, e a efetividade da função jurisdicional penal tão cara à nossa sociedade.

5.1 PROJETO DE LEI DO SENADO 147/2018

No formato original do projeto, propõe-se a alteração de uma lei ordinária, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657), inserindo um 4º

¹⁴² Além do PLS 147/2018, existem o PLS 166/2018, do senador Lasier Martins (PSD-RS), que “propõe alterar o Código de Processo Penal e disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância: ele defende o equilíbrio entre a presunção de inocência e a garantia da segurança pública. O PLS 67/2016 é de autoria do ex-senador Ricardo Franco, e modifica ainda o Código Penal e a Lei de Execução Penal para prever a possibilidade de execução da pena após a decisão por tribunal de segunda instância ou por órgão colegiado nos casos de foro por prerrogativa de função. O texto sugere uma série de alterações na legislação, que especificam procedimentos tais como multas e prescrições coerentes com o princípio adotado pelo Supremo. Em 2015, após reuniões destinadas a discutir com a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) uma série de alterações ao sistema recursal processual penal, foi elaborado o texto do PLS 402/2015, assinado por Roberto Requião (PMDB-PR) e outros senadores. O projeto visa promover mudança normativa que atribua maior eficácia às sentenças condenatórias e aos acórdãos condenatórios no processo penal, evitando a “eternização” da relação jurídica processual”. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/27/projetos-sobre-prisao-em-segunda-instancia-avancam-no-senado>>. Acesso em 15 jun. 2018.

¹⁴³ Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/27/projetos-sobre-prisao-em-segunda-instancia-avancam-no-senado>>. Acesso em 15 jun. 2018.

parágrafo ao artigo 6º, contendo “um conceito para o trânsito em julgado em matéria penal”, com a seguinte proposta de texto:

“Art. 6º

.....
 § 4º Para fins de cumprimento de sentença penal condenatória, o trânsito em julgado será considerado a partir da condenação em 2º grau, em única instância ou após julgamento de recurso”¹⁴⁴

A proposta original, no entanto, foi emendada e apresenta a seguinte proposta de texto¹⁴⁵:

“Art. 6º

.....
 § 4º No processo penal, o trânsito em julgado ocorrerá com o esgotamento das instâncias ordinárias, assegurado às partes a interposição de recursos para as instâncias extraordinárias. ”¹⁴⁶

Os argumentos que o relator emprega para justificar o projeto de lei são, em grande parte, semelhantes, se não os mesmos, aos já trazidos nos votos vencedores no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP.

A análise do relator inicia direcionando-se a discussão para a necessidade de definição sobre o trânsito em julgado. Justifica que não há norma, seja constitucional ou infraconstitucional, que traga definição exata para a expressão, fato que gera desarmonia entre as doutrinas dos países acerca de seu alcance.¹⁴⁷

Sustenta o relator que na doutrina processual brasileira tradicional, a sentença transitada em julgado é aquela contra a qual não cabe mais nenhum recurso, seja ordinário ou extraordinário. No entanto, ele sugere que se adote solução semelhante àquela de Portugal: “dispõe o Código de Processo Civil português, que em seu art.

¹⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 147, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132772>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

¹⁴⁵ Aqui será analisada apenas a forma do substitutivo, tendo em vista que restou prejudicada a forma original.

¹⁴⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 147/2018. Parecer do relator na CCJ, senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES). Brasília, DF, 24 abr. 2018. 9f. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7722878>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

¹⁴⁷ Ibidem.

671 [sic], considera transitada em julgado a decisão que não seja mais suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”. Na verdade, o artigo que dá a noção de trânsito em julgado é o nº 628 (677 do CPC português de 1961), que assim define: “A decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”.¹⁴⁸

Também pontua que o texto constitucional não traz o conceito de “trânsito em julgado”, bem como o de “coisa julgada”, que está definido apenas no artigo 502 do novo Código de Processo Civil: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”¹⁴⁹.

Após, se propõe um novo viés interpretativo para o trânsito em julgado: sugere entendê-lo no “paradigma democrático”, buscando adequar “as garantias individuais com a garantia difusa da segurança jurídica”.

Segue argumentando sobre a necessidade da interpretação sistemática da constituição, e a inexistência de princípios absolutos. Sustenta que a interpretação literal do inciso LVII do art. 5º da Constituição leva a “perda da efetividade do sistema legal-penal, das normas penais incriminadoras”. E vai além, dizendo que “a presunção de inocência como garantia do direito à liberdade, não está vinculada, conceitualmente, ao esgotamento de todas as instâncias judiciais”.

Alguns importantes tratados internacionais são citados - Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais - para respaldar a tese de que em nenhum deles se menciona a necessidade de trânsito e julgado, mas sim a formação da culpa, que se dá nas instâncias ordinárias.

Nessa mesma linha, o relator do projeto alega que a posição predominante entre outros países democráticos é a de permitir a prisão no máximo após encerrado o trâmite na segunda instância. O Brasil é o único componente da “Comissão de

¹⁴⁸ PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0628&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em 15 jun. 2018.

¹⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 jun. 2018.

Veneza – que reúne representantes de Supremas Cortes de 56 países –“ que, de certa forma, dispõe de quatro instâncias distintas de julgamento de um processo individual. A posição predominante entre os componentes é que “os processos são submetidos à apreciação do juiz de primeiro grau, com possibilidade de apenas um recurso”. Conclui que “nas democracias mais consolidadas e com sistemas judiciais da defesa dos direitos humanos, a presunção de inocência, direito fundamental, é compatibilizado com o direito à segurança jurídica e à efetividade das decisões judiciais”.

Argumenta ainda que a cognição sobre fatos e provas é dada nas instâncias ordinárias, cabendo o exame de matéria de direito apenas às instâncias extraordinárias. Dessa forma, demonstrada a culpa e esgotados os recursos de natureza ordinária, se enfraquece a presunção de inocência, e deve-se permitir o início do cumprimento da pena imposta. O duplo grau de jurisdição é satisfeito pelas instâncias ordinárias. Não constituem, STJ e STF, terceira e quarta instâncias, mas sim, como definido pela Constituição Federal, instâncias extraordinárias cuja finalidade precípua é “a uniformização da aplicação da legislação federal, no caso do STJ, e de guarda da Constituição, no caso do STF”.

Outro fato que também serviu como fundamento nos votos do HC nº 126.292/SP é que, desde a vigência da Constituição de 1988, a execução provisória da pena foi sempre aplicada, exceto no período de 2009 a 2016 (referente ao interstício de tempo compreendido entre o julgamento do HC nº 84.078, até o julgamento do HC nº 126.292), sendo que, de 34 ministros que atuaram na Corte nesse período, apenas 9 se posicionaram de forma contrária a essa prática.

Alguns números trazidos são impressionantes: “somente 1,12% dos recursos em matéria criminal julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) resultam em sentença favorável ao condenado para algum pedido feito, sendo que as absolvições são obtidas em apenas 0,035% dos casos”. Em números absolutos, foram “nove réus inocentados entre os 25.707 recursos extraordinários e agravos analisados no período considerado de 1º de janeiro de 2009 a meados de 2016”. Isso demonstra que em termos práticos, as instâncias extraordinárias raramente alteram juízos ordinários já prolatados.

Por fim, o último ponto constante da análise do relator que se quer destacar neste trabalho, consiste nas iniciativas legislativas efetuadas nos últimos anos visando

racionalizar o sistema recursal brasileiro, sobretudo em relação ao STF e ao STJ. No estudo apontam-se “os institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral (art. 102, §§ 2º e 3º, da CF¹⁵⁰), ambos trazidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004”; e várias alterações na “legislação ordinária que concorreram para o mesmo objetivo, a última delas a Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010, conhecida como ‘Lei do Agravo’”.

5.2 ANÁLISE DO PLS 147

O objetivo precípua do projeto é esclarecer que a necessidade do esgotamento das instâncias (ordinárias e extraordinárias) não é pré-requisito para início da execução da pena.

Uma boa solução para a controvérsia entre a presunção de inocência e a aplicação da pena após o encerramento do trâmite ordinário, deve atender a ambos os lados do conflito. Em princípio a ideia de dar uma definição ao trânsito em julgado parece uma saída astuta para a questão que se coloca, isto é, pode-se dizer que com relação ao conteúdo é uma boa alternativa. No entanto, a forma escolhida para implementá-la, por meio de alteração de lei ordinária – LINDB -, pode levar a insegurança e questionamentos posteriores por parte do judiciário.

Não há dúvidas de que o valor que o princípio da presunção de inocência, e suas garantias decorrentes, confere à sociedade é enorme. Não obstante, é necessário que se estabeleça um entendimento harmônico de seu alcance. Nessa perspectiva, a estratégia usada no projeto de lei 147 parece uma solução apropriada, pois ao definir que o trânsito em julgado ocorrerá com o esgotamento das instâncias ordinárias no processo penal, se determina o momento do início da execução da pena

¹⁵⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)^{2º} As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

^{3º} No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

sem, com isso, alterar ou ferir o art. 5º inciso LVII da Constituição Federal, ou mesmo outras leis.

Por outro lado, a alteração legislativa na forma de uma lei ordinária pode levar a questionamentos com relação a constitucionalidade do formato escolhido. Alguns críticos sugerem que dever-se-ia empregar a forma de proposta de emenda constitucional.

Dada a contemporaneidade da matéria, não há ainda material de análise com maior grau de relevância e profundidade produzido, mas apenas matérias jornalísticas. Uma em específico do portal JOTA colhe a opinião do advogado e professor de Processo Penal da faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP), Gustavo Badaró. Sustenta o professor que seria mais adequado modificar o artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁵¹ “para dizer que a prisão pode ter por título o acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal condenatório”¹⁵². Além disso, também o artigo 105 da Lei de Execução Penal¹⁵³ deveria ser alterado para indicar que “a guia de de execução da pena pode ser expedida na mesma condição”.¹⁵⁴

A proposta, por conseguinte, parece ser adequada. Não obstante, há incerteza se vai efetivamente ter a eficácia de que a sociedade brasileira tanto necessita. Sobretudo em época de intervenção federal, o que restringe a edição de Proposta de Emenda Constitucional¹⁵⁵, em que um ex-presidente está cumprindo pena condenado a 12 anos e 1 mês por corrupção e lavagem de dinheiro, e tenciona lançar-se candidato em eleições presidenciais que se aproximam.

¹⁵¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

¹⁵² Portal JOTA. Disponível em < <https://www.jota.info/legislativo/senadores-querem-garantir-execucao-de-pena-em-2a-instancia-com-lei-ordinaria-19042018>>

¹⁵³ 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

¹⁵⁴ Portal JOTA. Disponível em < <https://www.jota.info/legislativo/senadores-querem-garantir-execucao-de-pena-em-2a-instancia-com-lei-ordinaria-19042018>>

¹⁵⁵ Constituição Federal. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...). § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho se investigou uma controvérsia que perturba a sociedade brasileira atualmente. Pela análise das posições a favor e contra, conclui-se que há preponderância dos argumentos pela compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a execução provisória da pena.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 concilia-se com o entendimento internacional de Proteção dos Direitos Humanos. O posicionamento nas maiores democracias europeias e americanas é no sentido de se descolar a execução da pena do trânsito em julgado em todas as instâncias, iniciando seu cumprimento assim que concluído o juízo ordinário. Além disso, o respeito aos Direitos Humanos pressupõe, também, a proibição de proteção deficiente desses direitos. Nesse sentido, é necessária uma interpretação sistemática dos direitos fundamentais para que seja assegurada a garantia da ordem pública, da segurança coletiva, e da efetividade do processo penal à sociedade.

A presunção de inocência, presente no art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal, pela sua natureza de princípio, decorre que, diferentemente das regras, não é aplicado no modelo de "tudo-ou-nada", mas com parâmetros moduladores de maior ou menor intensidade. Disso deriva também o fato de não existir princípio absoluto, que se sobreporia em todos os casos a outro.

No aspecto processual, igualmente há argumentos para sustentar a execução da pena após o trâmite nas instâncias ordinárias: a ausência de caráter suspensivo dos recursos extraordinários, bem como a necessidade de se demonstrar a transcendência do caso concreto, ou seja, a repercussão geral. Além disso, como bem ponderou o ministro Teori Zavascki, ocorre uma preclusão do exame das questões fático-probatórias após decorrido o trânsito em julgado ordinário.

Outro efeito observado que é mitigado pela aplicação da execução imediata é o uso de recursos como forma de protelar o cumprimento da pena, ou, em último grau, para alcançar a prescrição da pretensão executória. Outrossim, a execução provisória também persegue a razoável duração do processo, que consiste em dever do Estado e exigência da sociedade.

No entanto, ainda que a posição atual do Supremo Tribunal Federal seja a da compatibilidade da execução provisória com a presunção de inocência, uma positividade em lei conferiria maior segurança jurídica. A alternativa trazida pelo poder legislativo, de iniciativa do Senado Federal, pode constituir a melhor opção, uma vez que determina o alcance do trânsito em julgado no processo penal, limitando-o às esferas ordinárias de forma expressa. Materialmente é adequado e interessante, sobretudo porque afasta a interpretação defendida pelo grupo atualmente minoritário da Corte Suprema que considera necessário incluir as instâncias extraordinárias. No entanto, pode ser alvo de questionamentos quanto a forma de lei ordinária escolhida para positiva-lo no ordenamento. Fato que traria mais controvérsia para algo que a sociedade brasileira necessita de resolução definitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Brasília: Escola de Administração Judiciária TJDFT, 2015.

BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Penas e seus critérios de aplicação. 6. ed., rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 jun. 2018.

BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Lei Complementar 64/1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. Raquel Elias Ferreira Dodge. Brasília-DF, 5 de março de 2018. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_PARECER_ADACS_43_e_44_Execucao_Provisoria.pdf>. Acesso em 1º jun. 2018. p. 22.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 147, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132772>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 147/2018. Parecer do relator na CCJ, senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES). Brasília, DF, 24 abr. 2018. 9f. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7722878>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 1º jun. 2016. p. 158.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em <<http://SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000321544&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992. Disponível em <<http://SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150769&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70662, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 21/06/1994, DJ 04-11-1994. Disponível em <<http://SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106558&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 74983, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997, DJ 29-08-1997. Disponível em <<http://SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106558&base=baseAcordaos>>.

Federal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109670&base=baseAcordaos>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em <<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007. Disponível em <<http://SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089657&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 716. Disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 717. Disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 02/02/2009. DJe nº 26 de 09/02/2009. Disponível em <<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 01 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPAÑA. Constituição. Versão em português disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão [Livro eletrônico]: teoria do garantismo penal. 1ª ed em e-book baseada na 4ª ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. Constituição. Versão em português disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acessado em 09 jun. 2018.

ITÁLIA. Constituição Italiana. Versão em português disponível em <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 09 jun. 2018.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTUGAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0628&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em 15 jun. 2018.

PORTUGAL. Constituição. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 01 jun. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro [livro eletrônico]. 2ª ed. Em e-book baseada na 12ª ed impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.