



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA - CCSST
CURSO DE DIREITO

WILCILENE CARNEIRO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

IMPERATRIZ

2018

WILCILENE CARNEIRO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Conceição Aparecida Barbosa.

IMPERATRIZ

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a). Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA.

Carneiro da Silva, Wilcilene.

O Princípio da Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena / Wilcilene Carneiro da Silva. – 2018.

65 p.

Orientador: Prof^a Dr^a Conceição Aparecida Barbosa.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

1. Direito Constitucional. 2. Processo Penal. 3. Presunção de inocência. 4. Execução provisória da pena. I. Aparecida Barbosa, Prof^a Dr^a Conceição. II. Título.

WILCILENE CARNEIRO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Conceição Aparecida Barbosa
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
Orientadora

1º Examinador

2º Examinador

A Deus que na efemeridade da vida,
na urgência dos momentos. É eterno.

Meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Sou imensamente grata ao Criador dos céus e da terra pela sua sublime misericórdia e seu amor, pois sem ele não teria chegado tão longe e não almejaria muito mais. A ele a honra.

À minha família que em todos estes anos foi minha fonte de motivação para lutar por um futuro melhor, em especial, à minha mãe, Lucimar Carneiro da Silva.

E à memória de meu pai, Edmilson Vieira da Silva, não houve um dia sem que não estivesse em meu pensamento. Minha felicidade só não está completa porque me foi subtraída a tua presença pelo destino.

À minha orientadora professora Dra. Conceição Aparecida Barbosa, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelos direcionamentos balizadores e essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

À esta universidade, ao corpo docente e discente, pela oportunidade de aprimoramento das minhas aptidões profissionais e até mesmo pessoais.

E a todos àqueles que contribuíram de alguma forma para a realização deste sonho.

É melhor prevenir os crimes do que puni-los.
O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo
mais difícil de tornar os homens menos
inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a
educação.

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem como temática o princípio de presunção de inocência e a execução provisória da pena. A escolha do tema se deu em razão da importância da discussão no mundo acadêmico e jurídico da recente decisão do Superior Tribunal de Federal que ao julgar o HC 127.292 e o pedido de medida cautelar das ADCs 43 e 44, modificou o entendimento anteriormente consolidado e passou a admitir que a pena fosse provisoriamente executada, a partir do momento da ratificação da decisão de condenação penal na segunda instância do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, inciso LVII, assevera que a prisão só é justificável quando for determinada pela autoridade competente, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que, ao considerarmos que atualmente o Direito Penal exerce grande influência na consciência coletiva e individual do que é justiça, percebemos a relevância da análise do posicionamento adotado pela Corte do Supremo, uma vez que, esta pode ensejar uma violação do princípio da presunção de inocência e conseqüentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que o Estado ao usar o seu *jus puniendi deve apenas incidir sobre aqueles que*, mediante um processo penal, ampla defesa e contraditório forem considerados culpados pelo fato criminoso. Por tal razão, foi realizada uma pesquisa exploratória sobre a temática, neste aspecto, inicialmente fez-se necessária uma explanação sobre a evolução do Princípio da Presunção de Inocência na história, as regras de tratamento do preso, das teorias que tratam sobre a finalidade da pena, e uma exploração sobre os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal que ensejaram a mudança de entendimento da Corte. Das considerações conclusivas, extrai-se a importância do princípio da presunção de inocência perante o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que este princípio é norteador do direito à liberdade e garantidor da dignidade da pessoa humana. Além de que, a interpretação dada pelo Supremo retirou a clareza semântica da leitura do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, configurando uma afronta ao princípio da presunção de inocência, sendo que o Código Penal já prever formas alternativas à execução provisória da pena.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Processo penal. Presunção de inocência. Execução provisória da pena.

ABSTRACT

The present work has as its theme the principle of presumption of innocence and the provisional execution of the sentence. The choice of topic was due to the importance of the discussion in the academic and legal world of the recent decision of the Federal Superior Court that in ruling HC 127,292 and the request for precautionary measures of ADCs 43 and 44, modified the previously consolidated understanding and passed to admit that the sentence was provisionally executed, from the moment of the ratification of the decision of criminal conviction in the second instance of the Judiciary. The Federal Constitution of 1988, article 5, paragraph LVII, states that imprisonment is only justifiable when it is determined by the competent authority, after the final sentence of the conviction has passed, so that, considering that currently the Criminal Law exerts great influence in the collective and individual conscience of what is justice, we perceive the relevance of the analysis of the position adopted by the Court of the Supreme Court, since this can lead to a violation of the principle of presumption of innocence and consequently to the principle of the dignity of the human person, since the State in using its jus puniendi should only concern those who, through a criminal procedure, ample defense and contradictory are found guilty of the criminal fact. For this reason, an exploratory research on the subject was carried out. In this respect, it was initially necessary to explain the evolution of the Principle of Presumption of Innocence in history, the rules of treatment of the prisoner, theories that deal with the purpose of and an exploration of the arguments used by the Federal Supreme Court that led to the Court's change of understanding. From the conclusive considerations, the importance of the principle of presumption of innocence before the national legal order is extracted, since this principle is guiding the right to freedom and guarantor of the dignity of the human person. In addition, the interpretation given by the Supreme Court removed the semantic clarity of the reading of article 5, item LVII of the Federal Constitution, configuring an affront to the principle of presumption of innocence, and that the Penal Code already provide for alternative forms to the provisional execution of sentence.

Key words: Constitutional Law. Criminal proceedings. Presumption of innocence. Provisional execution of sentence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
2.1 Evolução Histórica Do Princípio da Presunção de Inocência	17
2.2 Axiologia Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência	21
2.2.1 Regra de Tratamento do Princípio da Presunção de Inocência.....	22
2.2.2 Regra de Julgamento do Princípio da Presunção de Inocência	23
2.2.3 Regra de Garantia do Princípio da Presunção de Inocência	24
2.3 Importância do Princípio da Presunção de Inocência no Sistema Processual Penal	24
3 FINALIDADE DA PENA	28
3.1 Teoria Absoluta ou Retributiva	28
3.2 Teoria Relativa ou Preventiva	31
3.3 Teoria Mista, Unificadora ou Eclética	33
3.4 Função Social da Pena	35
3.5 A Função Simbólica da Pena	36
4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	39
4.1 Julgamento do Habeas Corpus 126.292	39
4.2 Julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44	41
4.2.1 Ministro Edson Fachin	42
4.2.2 Ministro Roberto Barroso	43
4.2.3 Ministro Teori Zavascki	44
4.2.4 Ministra Rosa Weber	44
4.2.5 Ministro Luiz Fux.....	44
4.2.6 Ministro Dias Toffoli	45
4.2.7 Ministro Ricardo Lewandowski.....	45
4.2.8 Ministro Gilmar Mendes	46
4.2.9 Ministro Celso de Mello.....	46
4.2.10 Ministra Cármen Lúcia	47
4.3 Impactos no Ordenamento Jurídico	47
4.4 Possíveis Alternativas à Execução Provisória da Pena	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou um período onde os direitos sociais e individuais foram valorizados de modo nunca vistos na história do Brasil, o direito a vida e a liberdade passaram a ser tratados como direitos essenciais inerentes à manutenção da dignidade do indivíduo.

Nesse cenário, e diante da valorização dos direitos fundamentais do homem, acolhidos pela Carta Magna e presentes em diversas normas positivadas no sistema jurídico brasileiro, certos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da ampla defesa, devido processo legal, contraditório e o de ser presumidamente inocente, passaram a ser considerados essenciais, tornando-se importante a manutenção do respeito e obediência a esses princípios, visando a garantia da aplicação da lei e à segurança jurídica.

A evolução da história da sociedade trouxe uma evolução na valorização do próprio ser humano, de forma que na aplicação das normas deve-se considerar os princípios constitucionais.

Neste trabalho será abordada a importância de um dos princípios protetores da liberdade e da vida do indivíduo, o princípio da presunção de inocência, quais os limites de sua flexibilização e modificação de sua interpretação frente ao sistema jurídico brasileiro. O presente estudo será guiado utilizando o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência em fato concreto.

O STF em julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016, realizou significativa mudança em seu entendimento, admitindo a possibilidade de prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença, em sede de condenação em segunda instância. Tal decisão levou a proposição das Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs) 43 e 44, que traziam um pedido de medida cautelar que pretendia suspender os mandados judiciais para a execução provisória da pena dos tribunais que passaram a seguir o posicionamento do Supremo em relação ao HC 126.292, bem como que fosse analisada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. O pedido de cautelar foi julgado no dia 05 de outubro de 2016, na oportunidade fizeram-se

presentes os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli, Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Melo e as Ministras Cármen Lúcia (presidente da Corte) e Rosa Weber, sendo indeferido o pedido de medida cautelar para suspensão da execução provisória, mesmo com votos contrários. Sendo que o julgamento definitivo do mérito dessas ADCs encontra-se pendente.

O entendimento expedido pelo STF ressuscitou uma polêmica no mundo jurídico, criou-se um questionamento sobre a possibilidade do STF estar desrespeitando princípio basilar instituído na Constituição Federal, qual seja, o princípio da presunção de inocência, pois é dever do judiciário proteger as normas e os princípios ali existentes. Diante disto, será realizada uma análise sobre esta discussão, buscando esclarecer o novo posicionamento do STF.

Assim, será levado à baila uma análise do art. 283 do Código de Processo penal, que especifica que ninguém pode ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Os juristas a favor do STF defendem que o novo entendimento não vai de encontro à lei, outros indagam se o STF não estaria excedendo as suas atribuições e modificando por completo o entendimento de uma norma.

O presente trabalho é estruturado em quatro capítulos. O segundo capítulo realiza uma análise sobre o conceito de presunção de inocência realizando uma abordagem histórica, evolução e aplicação desse princípio ao longo da história do mundo. O terceiro capítulo refere-se ao instituto da finalidade da pena, e a forma como ela pode ser abordada, analisada e aplicada em diferentes sistemas existentes. O quarto capítulo trata do julgamento em questão, discorrendo sobre os votos dos ministros, bem como suas consequências na ordem jurídica brasileira.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é demonstrar que o princípio da presunção de inocência é verdadeiro direito fundamental da pessoa humana, e que sua previsão na Carta Maior de 1988 é um grande avanço significativo, de modo que a execução provisória da pena violaria tal princípio. Como objetivos específicos busca-se analisar a evolução história do princípio da presunção de inocência no mundo e no Brasil, fazer uma explanação crítica sobre sua importância para garantia de um estado democrático de direito.

Descrever a axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência quanto às regras de julgamento, tratamento e de garantia, com o objetivo de verificar se a execução provisória da pena caracteriza uma afronta a Constituição, sendo que o STF ao julgar pelas regras da hermenêutica jurídica não pode ao interpretar uma norma constitucional retirar seu significado e diminuir a proteção que a norma garante, principalmente quando se tratar de norma que versa sobre um direito fundamental, como é o direito de ser presumido inocente.

Além disso, será feita uma breve explanação sobre as teorias da pena, a teoria absoluta, relativa e a mista, e informar qual a adotada em nosso sistema penal pátrio, aqui a intenção é respondermos a pergunta: A princípio em qual das teorias os argumentos dos Ministros que votaram a favor da execução provisória da pena se fundamentam? Neste ponto, da análise dos votos verificamos que eles enfatizaram a necessidade de se evitar a prescrição, bem como dar uma maior efetividade ao sistema penal, deste modo, entendemos que os fundamentos se baseiam apenas na teoria retributiva que pregoa que a pena tem um fim em si mesma, ou seja, a mera punição do criminoso.

Entretanto, conforme é possível extrair da leitura do artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser estabelecida, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção”, e mais, o direito penal moderno nos fala que a pena deve ainda servir para ressocialização, ou integração social (BARATTA, 1990).

Assim, dedicamos mais dois subcapítulos para estudo sobre qual seria a função social da pena. Para alguns a pena tem a função social de ressocialização do criminoso, outros entendem que ela seria apenas um meio de selecionar os indivíduos mais miseráveis e assim revelaria que o sistema penal é um sistema injusto e reprodutor das desigualdades sociais. Há ainda aqueles que acreditam que a pena serve apenas para garantir o monopólio dos fatores de produção nas mãos da burguesia.

Por seguinte, é relevante igualmente tratarmos da função simbólica da pena. A intenção desse subcapítulo é revelar que o sistema penal, e conseqüentemente a pena, causa a sociedade uma falsa percepção de segurança, quando na verdade o sistema carcerário é um dos fatores provocadores da manutenção do círculo da violência, o que desmistifica o argumento de se dar uma maior efetividade ao sistema penal admitindo-se a execução provisória da pena.

No capítulo da execução provisória da pena, estudaremos tanto o julgamento do HC 126.292 como o do indeferimento do pedido de medida cautelar das ADCs 43 e 44, focaremos na análise dos votos desta última decisão para então estudarmos quais os impactos da execução provisória da pena em nosso ordenamento jurídico e possíveis alternativas à ela.

Nesse diapasão, este estudo se justifica primeiramente ante a relevância do debate sobre a relativização de princípios e a proteção da constituição. A importância da temática ora proposta dá-se na contribuição que a discussão pode oferecer para o meio acadêmico.

Considerando que na atualidade o direito penal exerce grande influência na consciência coletiva e individual do que é justiça. O resultado da presente pesquisa poderá servir para justificar a inconstitucionalidade ou não da execução provisória da pena e se esta violaria o princípio da presunção de inocência e, até mesmo significaria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à própria ordem constitucional estabelecida, mais especificamente as *cláusulas pétreas*¹.

Para satisfação dos objetivos do presente trabalho, recorreu-se a pesquisa exploratória, buscando-se saber a opinião de doutrinadores e também dos julgamentos dos tribunais sobre o tema em questão, por esta razão, a pesquisa é exploratória em sua essência. Quanto às fontes de dados, será desenvolvido um trabalho com base em pesquisa bibliográfica. Neste estudo, serão utilizados livros, artigos científicos, revistas e decisões judiciais para embasar a temática da pesquisa, de modo a se evidenciar ou refutar os pontos de vista adotados inicialmente. Além disso, esses trabalhos também serão a referência teórica, tendo em vista a análise das opiniões dos autores em seus pontos de concordância e discordância.

¹ Tratam-se de dispositivos constitucionais que não pode sofrer alterações nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os princípios são entendidos como causas primárias, gênese, essência de algum fenômeno. No âmbito jurídico eles exercem papel norteador do ordenamento normativo para que o sistema jurisdicional se realize de forma ampla, eficaz e coerente.

Na Teoria dos Princípios defendida por Robert Alexy², “*princípio*” é uma espécie de norma que garante a realização de um direito amplamente, da maior grandeza possível. Para Alexy a constituição de um princípio é necessário apenas que o seu conteúdo essencial sirva como argumentação de um direito fundamental.

O Princípio da Presunção de Inocência é tido como um marco histórico entre dois parâmetros processuais penais distintos. No primeiro modelo ele é ignorado e as consequências da existência de uma denúncia contra um suspeito de autoria de um determinado fato reprovável e previsto como crime já eram antecipadas, sendo o indivíduo estigmatizado como culpado antes mesmo do desenrolar das investigações e de uma sentença condenatória.

Já no segundo, por fundamentação no estado de inocência, o processo deve ser analisado imparcialmente de forma que só a partir da comprovação indubitável do acusado ser o autor do crime, por meio do devido processo legal, das garantias de ampla defesa e contraditório e após sentença condenatória transitada em julgado, é que o réu deveria ser culpabilizado pelo fato a ele imputado.

O princípio da presunção de inocência surgiu através do entendimento que ao indivíduo não pode ser imputada culpa de fato criminoso antes da finalização do devido processo legal. Segundo Pacelli, o princípio da presunção de inocência foi tratado de forma diferente pela Constituição Federal então vigente, uma vez que, ela não cita uma presunção de inocência, mas descreve que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado, vejamos:

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação

² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2002. P. 86;

dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). (PACELLI, 2017, p. 18).

Nesse sentido, a Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, inciso LVII, dita que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, há por este motivo uma parcela da doutrina que entende que o dispositivo constitucional citado, na verdade, trata-se do princípio da não culpabilidade. Contudo estas expressões são utilizadas pela grande parte da doutrina como sinônimos.

Compreende-se que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do direito, mantenedor da liberdade da pessoa humana, de modo que ele é a base de qualquer processo penal, pois o contrário de tal princípio seria uma presunção de culpa.

Pacelli afirma que com o advento da Constituição de 1988, houve uma profunda mudança no entendimento da realidade processual penal brasileira, já que só pode haver prisão antes do trânsito em julgado se houver uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, conforme verifica-se abaixo:

Desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI³, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações. (PACELLI, 2017, p. 234)

Os direitos constitucionais são definidos como fundamentais e de aplicação imediata, por conta disso, o processo penal tem como objetivo a liberdade da pessoa humana, especificando que o Estado tem ônus de demonstrar a culpa do indivíduo perante o ato criminal ao qual foi imputada sua responsabilidade, que é presumidamente considerado inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.

³ Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Na visão de Capez (2017, p.78) “todo acusado deve ser tratado como inocente até que se prove sua culpa definitivamente, sua prisão só pode ser decretada previamente se for extremamente necessária e devidamente fundamentada”.

No ordenamento pátrio, até a entrada da Constituição de 1988 em vigor, o princípio da presunção de inocência encontrava-se manifestado de forma implícita, com sua previsão no artigo 5º, LVII, tornou-se um dos mais importantes institutos do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, garantia fundamental e instituto essencial ao exercício da jurisdição.

No tópico a seguir será abordado o instituto da presunção de inocência em seu panorama histórico, analisando suas principais características, influências e sua aplicação no sistema processual brasileiro. Adiante, é realizada uma análise sobre a axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência quanto a regras de tratamento na prisão antes do trânsito em julgado. E por fim, é realizada uma explanação crítica sobre a importância desse princípio para garantia de um Estado Democrático de Direito.

2.1 Evolução Histórica do Princípio da Presunção de Inocência

A princípio o instituto da presunção de inocência vem desde as civilizações gregas e romanas, mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve, o sistema na verdade considerava uma presunção de culpabilidade. (LOPES JR., 2016, p. 52)

O marco reconhecido como o nascimento do princípio da presunção de inocência é a Revolução Francesa e passou a ser legalmente reconhecido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela foi elaborada com fundamento nos ideais iluministas e influenciada principalmente pelos pensamentos de Cesare Beccaria que acreditava que a prisão só deveria ser decretada em caso de extrema necessidade.

Segundo Beccaria (1764, p. 62) “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção

pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”.

Através do movimento Iluminista surgiu o pensamento que pregava que uma pessoa não poderia ser considerada culpada de uma determinada acusação, sem a certeza que ela era culpada por tal ato, consistindo na necessidade de apresentação de provas que comprove a sua culpabilidade. Esse entendimento foi consolidado através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que estabeleceu em seu artigo 9º que: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

O princípio da presunção de inocência surgiu como mecanismo de repressão à prisão decretada ilegalmente, buscando proteger o direito de liberdade do indivíduo em detrimento do poder de punir do Estado, regulando tal poder e rompendo com o modelo inquisitivo do processo penal, haja vista que, anteriormente a essa medida era responsabilidade do acusado comprovar sua inocência, o que acarretava uma série de abusos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão serviu de inspiração para que em 1948 houvesse a expedição da Declaração Universal dos Direitos do Homem realizada através da Organização das Nações Unidas (ONU), este documento histórico, em seu artigo 11, dispõe que: “Todo ser humano 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”.

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁴ promulgado em 1969 também previu a garantia da presunção de inocência em seu art. 8º, nº 1, primeira parte, ditando que: “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O Congresso Nacional aprovou o referido pacto pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 e o governo brasileiro depositou a Carta de Adesão a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 26 de maio de 1992.

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, artigo na Revista do Advogado nº 42. São Paulo: AASP, 1994. p. 28.

Sendo que o Decreto nº 678, de 6 de maio de 1992, determinou seu integral cumprimento no Brasil.

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”, não foram poucos os doutrinadores a afirmarem que, indubitavelmente, a presunção de inocência passou a integrar o sistema jurídico brasileiro a partir daqueles decretos.

Contudo, no Brasil - colônia, período compreendido de 1500 até 1822, as Ordenações portuguesas regulavam e normalizavam as condutas em solo brasileiro. Observamos que o processo penal nesta fase histórica era regido pela presunção de culpa do acusado. Um dos casos mais emblemáticos foi o julgamento de Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes, considerado culpado pelo crime de lesa-majestade, a ele não foi dado direito de ser ouvido antes da prisão, após ser aprisionado e sobre pressão foi interrogado onze vezes, sendo induzido à confirmar a autoria dos fatos à ele imputado, foi condenado à morte executado em uma praça do Rio de Janeiro, por fim teve seu corpo esquartejado e seus bens confiscados.⁵

A primeira lei a dispor sobre o princípio da presunção de inocência, ainda que para negá-lo, foi a Lei nº 244 de 11 de Setembro de 1936, ela que criou o Tribunal de Segurança Nacional, em plena ditadura Vargas à época do Estado Novo⁶.

Em relação aos crimes de competência desse Tribunal especial, o Decreto-Lei nº 8º em seu artigo 20, 5⁷, previa a presunção de culpa provada nos casos de insurreição armada, sendo que cabia ao réu comprovar sua inocência. De modo que, observamos a total rejeição da presunção de inocência neste período.

Com o advento do código de processo penal de 1941 (ainda vigente), vislumbrava-se o início de um período de ausência das garantias individuais, próprio, aliás, de uma tendência mundial inaugurada pela Escola Positivista, e que

⁵ GIL. Luis F. Pereira (Diretor). Os grandes julgamentos da História: o processo de Tiradentes. Rio de Janeiro: Otto Pierre, Editores. 1978. p. 285.

⁶ Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, reformulada pelo Decreto-Lei nº 88, de 20 dezembro de 1937.

⁷ Art. 20, 5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.

acompanhava a Carta Constitucional brasileira de 1937, que retirou o direito de liberdade dentre as garantias individuais.

Ao final do governo Vargas, em 1945, e a partir da eleição de Eurico Gaspar Dutra à presidência, cuja posse se deu em 31 de janeiro de 1946, tivemos a promulgação da Constituição Brasileira de 1946, a qual teve a prerrogativa de restabelecer a ordem democrática, de modo a assegurar uma série de direitos e garantias individuais que havia sido negados pela constituinte anterior. Sem, contudo, tratar da presunção de inocência.

Quanto à introdução do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro, há diversos posicionamentos. Há parcela de juristas que defendem que a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco para o processo penal. Tourinho Filho alega que, não obstante o princípio devesse integrar o nosso ordenamento jurídico a partir da adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, não era totalmente respeitado, já que havia a prisão preventiva compulsória até 1967 e não era permitido ao réu apelar em liberdade.⁸

Avena leciona que na medida em que a Constituição Federal 1988 especifica acerca desse princípio que incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo. Ao poder Legislativo cabe criar normas que visem a equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; ao Executivo cabe sancionar essas normas; e ao Judiciário, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunem com a ordem constitucional vigente. Em razão dessa tríplice função, discussões tem emergido na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional. (AVENA, 2017, p. 49)

Assim, havia a ideia de que o princípio deveria ser inserido em algum texto do nosso ordenamento para que a sua aplicação fosse obrigatória. De fato, foi a partir da Constituição de 1988⁹ que o princípio passou a ser mais respeitado em

⁸ DA COSTA, Tourinho Filho. Processo Penal, vol. 3, 34ª edição, Saraiva: São Paulo. 2012. p. 201.

⁹ Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

nosso ordenamento jurídico, figurando de modo explícito no patamar de direito fundamental e cláusula pétrea.¹⁰

Cumpre destacar que da leitura do texto constitucional que trata da presunção de inocência, dentre os dois sistemas mundiais que existem como marco final para a presunção de inocência (Primeiro: o do trânsito em julgado final; Segundo: o duplo grau de jurisdição), o nosso constituinte originário optou pelo sistema que só admite que alguém seja considerado como culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Este sistema exige o esgotamento de todos os recursos (sejam ordinários ou extraordinários), uma vez que, entende-se como conceito de trânsito em julgado a qualidade de uma decisão ou sentença da qual não é mais possível recorrer, nas palavras do professor Saulo José Casali Bahia. Assim, no Brasil a presunção de inocência só deve ter fim na impossibilidade de se interpor um recurso.

Adiante será tratado sobre a axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência, do qual é ditada três regras que devem ser de observância obrigatória e que, portanto, servirá para analisarmos a constitucionalidade ou não da execução provisória da pena.

2.2 Axiologia Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência

Do grego “axio” (apreciação, valoração), o termo “axiologia” só foi utilizado recetemente, no século XX, ele se refere ao ramo da filosofia que estuda a natureza dos valores e dos juízos valorativos. Ela se ocupa em refletir sobre os problemas dos valores, como o bem e o mal, o verdadeiro e o justo. No meio jurídico significa o estudo dos valores jurídicos, na gênese dos quais encontramos a justiça.¹¹

Assim, axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência realça as três dimensões da presunção de inocência. As três faces são tratadas por André Nicolitt¹², como três regras, a primeira é a regra de tratamento, por seguinte é

¹⁰ Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹¹ REALE, Miguel. Filosofia do Direito – 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37.

¹² NICOLITT, André. Manual de Processo Penal – 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

a regra de julgamento e por fim, a regra de garantia. Estas regras serão estudadas nos tópicos a seguir.

Vale ressaltar que o princípio da presunção de inocência atua durante todo o curso do processo, na verdade, até mesmo antes, uma vez que ele deve ser observado desde o inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença. Assim o referido princípio é um verdadeiro direito subjetivo do cidadão de ser considerado inocente. De modo que, é de suma relevância analisarmos sua axiologia tridimensional.

2.2.1 Regra de Tratamento do Princípio da Presunção de Inocência

Como regra de tratamento o princípio da presunção de inocência atua durante todo os atos processuais, garantindo que o indivíduo seja tratado como inocente, militando a seu favor a presunção de inocência.

Para Aury Lopes Júnior, a regra de tratamento do princípio da presunção de inocência vai se divide em duas espécies, a interna e a externa. A interna vai incidir em favor do réu na análise dos pedidos cautelares em desfavor do réu, como por exemplo, um pedido de prisão preventiva. Já externamente ela serve para mitigar a publicidade do processo, com o intuito de resguardar a imagem do indivíduo que ocupa o pólo passivo durante todo o transcorrer da persecução penal.

Assim o acusado, não deve ser submetido a tratamento que diminua a sua integridade física, moral e social, devendo-se ainda evitar a sua exposição pública, para que não venha sofrer com a antecipação dos efeitos da pena.

Neste sentido, Lopes fala que é necessária uma proteção contra a exposição pública dos acusados de modo a preservar o estado de inocência destes, então, vejamos:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JR, 2016, p. 53)

Assim, os meios de comunicação não devem extrapolar os limites democráticos estabelecidos pelo princípio da presunção de inocência, uma vez que, os acusados em um processo penal devem ser tratados como inocentes e a culpa pelo fato a eles imputados só pode ser considerada após o trânsito em julgado.

Por seguinte, iremos falar sobre a regra de julgamento que vai orientar o juiz durante o desenrolar processual até o momento de prolatar a sentença, seja condenando, seja absolvendo o réu.

2.2.2 Regra de Julgamento do Princípio da Presunção de Inocência

A regra de julgamento é concernente ao tipo de produção probatória, especificando que o ônus da prova é responsabilidade da acusação. Desta regra surge um princípio que serve para orientar a conduta do juiz durante o curso processual, o princípio do *indubio pro reo*¹³ que especifica que a liberdade é um direito que transcende a figura do indivíduo, e o Estado tem o dever de resguardá-la, portanto, sempre que o julgador estiver diante de uma dúvida insuperável entre punição e liberdade, deverá prevalecer a liberdade do acusado.

Por ser o Ministério Público o titular da ação penal, caberá a este acompanhado da autoridade policial colher todas as provas para a acusação e caso não se encontre provas suficientes, para incriminar o réu, deve pedir o arquivamento da investigação prezando pela liberdade do acusado. Dessa forma, sempre que for possível dentro do devido processo penal deve-se prevalecer a liberdade do Réu frente ao poder de punir estatal.

O princípio do *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento, dita que em caso de dúvidas na sentença o juiz deve absolver o réu, ou seja, esta regra se apresenta no momento de sentenciar quando ainda restar dúvida ao julgador sobre a culpa do acusado, deverá então absolvê-lo por insuficiência de provas.

Logo, é um princípio que resguarda o direito de liberdade, pois, diante de dúvidas relativas aos fatos trazidos ao processo por não conseguir a acusação provar suas teses, deverá o julgador se utilizar do *in dubio pro reo* e absolver o acusado.

¹³ É perceptível a adoção implícita deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, II, vejamos:
Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Tal princípio deve ser aplicado na fase processual da persecução criminal quando surgirem incertezas relativas a autoria e materialidade delitiva, que não foram sanadas com a produção das provas, privilegiando, por conseguinte, a liberdade do indivíduo.

2.2.3 Regra de Garantia do Princípio da Presunção de Inocência

Essa regra especifica que a presunção de inocência é uma garantia do acusado. O Ministério Público possui o dever de apresentar em juízo todas as provas das quais é possuidor, ainda que favoráveis ao acusado. Tal regra indica ainda que a investigação criminal deve ser pautada nos ditames da legalidade.

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (NUCCI, 2016, p. 55)

A presunção de inocência pode ser violada a partir da não observação das regras do ordenamento jurídico, por conta disso, é inadmissível a utilização de provas ilícitas durante o processo.¹⁴

Deste modo, verificamos que a axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência caracteriza verdadeiro direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana, bem como norteador da atuação estatal que não deve agir de modo a violar o estado de inocência das pessoas, mas antes deve tratá-las como inocentes

2.3 Importância do Princípio da Presunção de Inocência no Sistema Processual Penal

O princípio da presunção de inocência aduz que o acusado de realizar uma infração penal, tem direito ao devido processo legal, e só pode ser preso após sentença condenatória com pena privativa de liberdade, com impossibilidade de

¹⁴ CPP - Art. 157 São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

interposição de recurso. Esse princípio estabelece que todos possuem direito à liberdade, por conta disso, a prisão constitui exceção a esse instituto jurídico.

A presunção de inocência é na verdade um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

A aplicação desse princípio ocorre tanto no campo probatório, quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência. No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo a parte que acusa provar a veracidade do fato, e a culpabilidade do acusado. E só depois de sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial, é que ele pode ser considerado culpado.

Diante disso o acusado não pode ser obrigado a colaborar na apuração dos fatos, uma vez que o devido processo legal, no art. 5º, LIV da CF/88¹⁵, dá a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio¹⁶. Caso contrário, o acusado se transformaria em objeto de investigação, quando na verdade é um sujeito processual. Dentro desse campo probatório, ainda se verifica a ligação do princípio da presunção de inocência com o do *in dubio pro reo*, pois ocorrido o devido processo legal, se as provas forem insuficientes, restando ao juiz alguma dúvida quanto a culpabilidade do acusado, este deve decidir em favor do acusado, que será declarado inocente.

No que se refere ao paradigma do tratamento do acusado, no curso do processo penal, considera-se inocente enquanto não for definitivamente condenado. Assim sendo, durante as investigações e no processo, o réu não deve ser punido antecipadamente, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando só as medidas necessárias, e restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado.

Assim mesmo que se faça necessária uma prisão provisória, decorrente de medida cautelar e excepcional no processo, esta só é possível antes do trânsito em

¹⁵ Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁶ Art. 5º LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

julgado da sentença definitiva, quando for indispensável para assegurar o curso do processo, e condicionada também a presença do *fumus boni iuris*¹⁷ e o *periculum in mora*¹⁸.

Essa prisão cautelar é legal e aceitável, desde que atenda a todos os requisitos, e seja devidamente fundamentada, uma vez que se perder esse caráter instrumental do processo, acaba por tornar-se execução antecipada de pena, que fere frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Para Távora e Alencar (2016, p. 877) “a prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção”. Atualmente, as prisões cautelares podem ser decretadas por flagrante delito, prisão preventiva e temporária, todas com autorização legal.

A prisão cautelar é uma exceção que pode determinar a restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença. No artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXVI dispõe que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Ou seja, deve ser levado em consideração as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, contidos no artigo 310, caput do Código de Processo Penal, que constituem casos de necessidade excepcional, por conta disso se não for identificado caso de prisão preventiva, a liberdade provisória deve ser autorizada.

A liberdade provisória funciona como medida cautelar que permite ao investigado (ou acusado) permanecer em liberdade durante o curso da persecução penal, desde que cumpra determinados vínculos. O direito à liberdade provisória tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXVI, segundo o qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Como consectário lógico da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, cuida-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, quando ausentes razões de cautela, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz, que não pode impor uma prisão cautelar sem a necessária motivação judicial. (LIMA, 2016, p.62)

A prisão cautelar, não deve ser utilizada como instrumento de taxaço de culpabilidade, haja vista que é utilizada apenas como uma medida de cautela e necessidade, para garantir a regular efetividade processual e como aduz o artigo

¹⁷ É traduzido como “perigo na demora”. Para o direito brasileiro, é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado.

¹⁸ É entendido como “fumaça do bom direito”. É um sinal ou indício de que o direito pleiteado de fato existe.

312 do código de processo penal, também assegura a garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica.

A prisão cautelar, não é conflitante com o princípio em questão, desde que seja indeclinavelmente necessária, uma vez que é uma medida extremamente rigorosa, por tirar a liberdade de um acusado que poderá ser inocentado. Essa prisão será estudada oportunamente no desenvolver deste trabalho.

Dentre as modalidades de prisão cautelar tem-se: a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado e a prisão decorrente de pronúncia. Todas estando de acordo com os princípios constitucionais são perfeitamente aplicáveis, sem estar indo de encontro com o princípio da presunção de inocência.

3 FINALIDADE DA PENA

Até o final do século XVIII usava-se a política do medo para incitar à obediência da lei. O soberano era inquestionável, além disso, acreditava-se em seu caráter divino, quem desrespeitasse a vontade do rei, seria submetido a castigo com dores imensuráveis, sendo o carrasco a figura principal desse cenário macabro.

Após a Revolução Francesa, foi concebida a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade, todavia, a sede por poder não foi extinta, uma vez que era vista por muitos como o fim em si mesmo. Oprimir pelo medo e através da tortura deixou de ser o padrão central para manter o controle da obediência às leis, sendo substituído, pela coação penal.

A pena, pode ser especificada por ser oriunda da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada a todo aquele que desrespeitou a legislação penal, sendo assim, uma forma do Estado efetivamente aplicar a norma ao caso concreto.

Através da história da sociedade o direito penal vem modificando a forma de enfrentar a aplicação do que é previsto no texto penal, para buscar enfrentar a questão da criminalidade, todas essas formas são chamadas de teorias da finalidade da pena. O estudo dessas teorias é válido, pois ao final poderemos verificar qual a função do próprio Direito Penal, se é simplesmente punir ou se ele deve precipuamente assegurar que os bens por ele tutelados não sejam violados (função preventiva), bem como deve ressocializar o criminoso para só então devolvê-lo ao convívio social. Tais teorias serão analisadas nesse capítulo através da doutrina construída sobre o tema, buscar-se-á verificar se a pena cumprida provisoriamente, antes do trânsito em julgado, atende a alguma dessas finalidades, se a ambas ou nenhuma.

3.1 Teoria Absoluta ou Retributiva

A teoria absoluta, também conhecida como teoria retributiva, existiu predominantemente durante o século XIX, especificando que a pena deveria punir o

responsável pelo ato delituoso. Essa teoria levava em consideração o crime praticado pelo delinquente e que se deveria retribuir a ele o mal causado.

Essa fórmula tem por base um único princípio moral, o qual mostra ao delinquente que ele merece ser punido pelo que fez. Preleciona Greco (2017, p. 80) que na teoria absolutista “reside o caráter retributivo da pena. A punição se justifica pelo fato de ter o agente cometido uma infração penal. Ao mal do crime, retribui-se com o mal da pena”

A teoria absoluta focava na aplicação da justiça, sendo indispensável a aplicação da pena de forma proporcional ao crime realizado. O infrator da lei é punido pelo simples fato de ter infringido a lei, sem levar em consideração os motivos e as circunstâncias que o levaram a praticar o crime. A função da pena era penalizar o infrator no mesmo grau da sua infração à lei, retribuindo na mesma forma o mal que este tinha feito; um claro exemplo desta teoria é a Pena de Talião¹⁹.

Segundo Masson (2015, p.577) “a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fato esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica”.

Considerando os preceitos de Kant, que importou seu ideal filosófico-ético de “dever-ser” ao direito, com a premissa de que castigar o delinquente em razões de utilidade não seria eticamente permitido, tem-se que retribuir o infrator com o mal que ele cometeu é o que deve justificar a pena. Esse é o imperativo categórico²⁰ da pena para Kant, onde o estado deve agir conforme o que é dever. (KANT, 2004, p. 76)

Cumprido ressaltar que, dentre as teorias absolutas, os posicionamentos de Kant e Hegel merecem destaque especial. Kant imaginava que a pena era punição meramente moral. Para Kant (2004, p. 76) “o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo”, ou seja, a sanção penal era punição que deveria ser dada ao agente para que ele se libertasse do mal que fez à sociedade. Para Hegel, a pena representa a afirmação do direito. O crime é uma violação do direito, a pena, por sua

¹⁹ A lei de talião, do latim *lex talionis* (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena, apropriadamente chamada retaliação. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

²⁰ Para Kant um imperativo categórico é o dever que as pessoas têm de agir, baseadas em princípios que consideram benéficas caso fossem observadas universalmente.

vez, uma violência que anula a violência, servindo, unicamente, para reprimir a violação do direito.

Kant e Hegel adotaram as ideias de Talião em que a reprimenda seria tal qual a conduta. Trata-se de um método desumano de aplicação de pena, ordinariamente carregada de violência. Todavia, representou um avanço em comparação à incerteza da duração e à medida das punições que reinava anteriormente.

Para as teorias absolutas, também denominadas de retributivas, a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é a maneira de o Estado lhe contrapesar pelo possível mal causado à uma pessoa específica ou à própria sociedade como um todo.

Diante desta teoria, não se vislumbra qualquer outro objeto a não ser o de punir o condenado lhe causando um prejuízo oriundo de sua própria conduta, um meio de o condenado entender que está sendo penalizado em razão de seu desrespeito para com as normas jurídicas e para com seus iguais.

Não é uma forma de ressocializar o condenado, muito menos reparar o dano causado pelo delito, não se fala em reeducação, ou imposição de trabalho com objetivo de dignificar o preso, mas sim, de punir, castigar e retribuir ao mesmo a falta de atenção com os parâmetros legais e o desrespeito para com a sociedade.

Nesse sentido é a lição de Roxin:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, 2013, p.86)

Mirabete afirma que esta teoria tem por fundamento a justiça, e utilizando dos ensinamentos de Kant, o jurista ainda afirma que o castigo compensa o mal:

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a

igualdade e só esta igualdade trás a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. (MIRABETE, 2016, p. 48)

Constata-se que a teoria absoluta ou retributiva tem como único intuito punir o condenado, retribuir o mal causado com um outro mal consistente na aplicação da pena, deixando o mesmo encarcerado para que este usufrua das consequências de seu crime. É também uma forma de demonstrar o poder do Estado, exercendo o *jus puniendi*²¹, para que o condenado perceba que sua prisão é uma consequência de seu próprio ato, e que este entenda que se não tivesse delinquido não estaria sendo punido e, conseqüentemente, não estaria encarcerado.

Tais afirmações são fundamentadas no livre arbítrio de cada pessoa, pois, estes sabem da ilegalidade de suas condutas, e seria perfeitamente plausível a exigibilidade de uma conduta diversa, ou seja, poderiam não ter realizado o ilícito, pois possuem discernimento para tal.

Sendo a pena, portanto, um castigo e uma consequência pelo crime realizado, não possuindo qualquer outro desiderato senão o de ser um fim em si mesma, e por aplicar as sanções previstas na legislação, é considerada como uma forma de fazer justiça.

Dessa forma, o fato da pessoa possuir discernimento e livre arbítrio, já são suficientes para a imediata aplicação da pena, em decorrência de um ilícito, pois, o agente teve a faculdade de delinquir ou não, uma vez lesando um bem jurídico, permite à aplicação da pena, não havendo segundo tal teoria, qualquer outra finalidade senão punir o condenado.

3.2 Teoria Relativa ou Preventiva

A teoria relativa ou preventiva busca uma finalidade para a pena, razão pela qual esta deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista como algo instrumental, um meio de combate a reincidência de crimes. Desse modo, elas representam uma evolução das teorias absolutas.

²¹ Expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado.

Uma das finalidades das teorias preventivas é a de desencorajar o cometimento de novos crimes, as formas de prevenção dizem respeito, em verdade, ao momento em que começa a preocupação em evitar a ocorrência dos delitos. Segundo Masson:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante a sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. (MASSON, 2015, p. 580)

De acordo com Greco, a prevenção geral pode ser analisada sob dois enfoques. Por meio da prevenção geral negativa, conhecida também por prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir-se na sociedade intimidando aos demais cidadãos para que não cometam nenhum fato criminoso, pois caso contrário serão punidos. (GRECO, 2017, p. 45)

Por intermédio da prevenção especial negativa, busca-se levar a efeito a neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere, retirando o agente momentaneamente do convívio social, impedindo-o de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. A neutralização do agente, como se percebe, somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade.

Para os adeptos da corrente da teoria da prevenção especial, a norma penal se dirigiria a uma parte da sociedade, aqueles que cometeram os delitos. Em última análise, esta teoria visa a evitar a reincidência.

A teoria relativa ou preventiva dita que o objetivo central da pena é a ressocialização do preso, todavia, mesmo tendo como objetivo evitar a reincidência, pode-se falar que existem três formas de promover esta finalidade: a inocuização²², intimidação e correção.

A prevenção geral visa impedir que as pessoas adentrem à prática delituosa pela primeira vez, trata-se de uma advertência a todos para que se abstenham de delinquir. Esta teoria pode ser subdividida em prevenção geral positiva e prevenção geral negativa.

²² Significa prender um réu, enclausurar.

A prevenção geral negativa, também conhecida como prevenção da intimidação, encontra defensores na atualidade, a exemplo de Luigi Ferrajoli, que entende que deve haver uma dupla intimidação: uma incide sobre as pessoas, para que não cometam crimes e uma outra que, dirigida à uma coletividade, buscaria inibir a existência de reações sociais contra o delinquente. (FERRAJOLI, 2014, p. 112)

A prevenção geral positiva propõe a confirmação de valores e estrutura sociais, abalados pelo cometimento de um ilícito. Trata-se de uma teoria eclética, que alia a necessidade de limitar o *jus puniendi* estatal com uma ideia de prevenção especial, voltada para a ressocialização.

3.3 Teoria Mista, Unificadora ou Eclética

A teoria mista, unificadora ou eclética, consiste em uma combinação das teorias absoluta e relativa, pois para esta teoria, a pena possui dois desideratos específicos, diversos e simultâneos.

Para essa teoria, a pena é tanto uma retribuição ao condenado pela realização de um delito, como uma forma de prevenir a realização de novos delitos, assim, consiste em uma mescla entre tais teorias, sendo a pena uma forma de punição ao criminoso, ante o fato do mesmo desrespeitar as determinações legais, sendo também uma forma de prevenir a ocorrência dos delitos, tanto na forma geral como na forma específica.

Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam. As teorias mistas conciliam as precedentes, a pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária.

Masson analisa que o Código Penal brasileiro acolhe a teoria da finalidade retributiva da pena quando trata sobre o perdão judicial:

O Código Penal aponta o acolhimento da finalidade retributiva nos arts. 121, § 5º, e 129, § 8º, quando institui o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas. Nesses casos, possível a extinção da punibilidade quando as “consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Fica claro, pois, ser cabível o perdão judicial quando o agente já foi punido, quando já foi castigado pelas consequências do crime por ele praticado. Já houve, portanto, a retribuição. (MASSON, 2015, p.580)

Bitencourt (2017, p.112) assevera que as teorias mistas, também denominadas por ele como unificadoras, buscam um único conceito de pena, retribuição do delito cometido, e a prevenção geral e especial.

A pena de duplo escopo, visa o reaproveitamento social daquele que um dia delinuiu. A isso chamamos de teorias mistas. Aceitam a pena como retribuição, pois o criminoso praticou ato lesivo; não citam a pena apenas como prevenção, mas como meio próprio de reeducação do criminoso.

Nessa seara, Mirabete (2016, p.87), refere-se a teoria mista lecionando que: "as teorias mistas fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção".

Atualmente, as teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado.

Constata-se claramente que a teoria mista ou eclética tem por fundamento a miscigenação das outras duas teorias (absoluta e relativa), passando a ter mais de um único fim, e possuindo dois ou mais objetivos que consistem em punir e prevenir.

A punição deriva unicamente da teoria absoluta, haja vista que seu intuito é devolver ao delinquente o mal causado à sociedade e ao sujeito passivo do delito, indicando ao mesmo que se cometer algum crime será reciprocamente lesado pelo mal causado e pelo seu desrespeito ao ordenamento jurídico e a sociedade.

Enquanto que a prevenção deriva da teoria relativa da pena, pois é uma forma de evitar a realização de novas condutas tipificadas criminalmente, para alguns autores é também uma forma de ressocializar o condenado, e ainda prevenir que este volte a delinquir (prevenção específica), e para que os outros cidadãos tenham receio em cometer algum ilícito (prevenção geral).

Portanto, a teoria mista, unificadora ou eclética aderiu às outras duas teorias, possuindo dois interesses, o primeiro retribuir ao condenado o mal causado,

e o segundo prevenir que o condenado e a sociedade busquem o cometimento de novas condutas criminosas.

De acordo com a unificação das duas teorias, a pena passa a ter a característica de um castigo, com um fim além de si mesma. De modo que deve retribuir o mal causado, mas visa-se também prevenir que o delinquente volte a cometer novos crimes.

Conforme é possível se extrair da dicção do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, podemos afirmar que a teoria adotada em nosso ordenamento para se eleger uma finalidade para a pena, é a teoria unificadora, já que de acordo com o dispositivo citado a pena deve ser suficiente para a retribuição e prevenção do crime.²³

Além do caráter retributivo e preventivo da pena, para muitos penalistas ela ainda tem outras funções que serão analisadas em seguida, trata-se da função social e função simbólica da pena.

3.4 Função Social da Pena

Após a discussão das finalidades da pena, passou-se a entender que era necessário adequar o delinquente à sociedade no momento em que sua pena fosse cumprida, de modo que houve uma preocupação em não apenas prevenir (teoria preventiva) o cometimento de novos delitos ou simplesmente castigá-lo (teoria retributiva). Assim, a pena passou a ter uma função social que é ressocializar o indivíduo que cometeu um delito.

Ressocializar significa tornar sociável aquele que encontrava-se desviado das regras estabelecidas na sociedade, sejam estas morais ou estabelecidas por leis positivadas. Quanto estas últimas, compreende-se como ações que visam promover a participação do indivíduo que cumpre pena em atividades que venham contribuir com sua readequação na sociedade, como o trabalho, educação e etc.

Entretanto, há doutrinadores que defendem a ideia de que a função social que a pena exerce é meramente selecionar os indivíduos mais miseráveis e assim o

²³ 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.

sistema penal se revela como um sistema injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais. Neste mesmo sentido declara Paulo Queiroz:

O sistema penal é arbitrariamente seletivo; recruta sua clientela entre os mais miseráveis. É um sistema injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais.(QUEIROZ, 2001, p. 97)

Contudo, sobre a baila de uma sociedade organizada em uma perspectiva capitalista, há que se falar que a pena existe para garantir que os modelos de produção, distribuição e consumo, mantenham-se intactos nas mãos dos poderosos e venha punir aqueles que agem em desacordo com as regras estabelecidas pelos detentores do monopólio dos fatores de produção. Portanto, a pena seria um fenômeno capitalista econômico.²⁴

3.5 A Função Simbólica da Pena

Rogério Greco, ao fazer uma análise entre os dois pontos extremos que apontam diferentes soluções ao problema da criminalidade, o Abolicionismo Penal e o Movimento de Lei e Ordem, nos evidencia os erros de um pensamento que vise um Direito Penal Máximo como solução do problema da criminalidade nas sociedades modernas. Greco afirma que além de não solucionar, o Direito Penal Máximo provoca a inflação legislativa e acaba tendo como resultado um Direito Penal desacreditado, uma vez que, a criação de um número maior de leis penais impossibilita que o Estado garanta efetivamente a proteção aos bens jurídicos tutelados.²⁵

No capítulo intitulado como Abolicionismo, Direito Penal Mínimo e Movimento de Lei e Ordem, Greco faz uma breve distinção entre essas correntes apontando seus reflexos diretos no meio social.

O movimento Abolicionista afirma que mediante a incapacidade do Estado na resolução dos conflitos de forma justa, onde a punição deve ser para todos sem distinção da condição econômica, estatus social ou de instrução do criminoso, o Direito Penal deve ser abolido, uma vez que, o poder punitivo perdeu sua

²⁴ SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. Pronunciamento no Ciclo de Debates Sobre o Sistema de Execução de Penas. Minas Gerais, 20/04/2000, p. 30-32.

²⁵ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão Minimalista do Direito Penal – 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

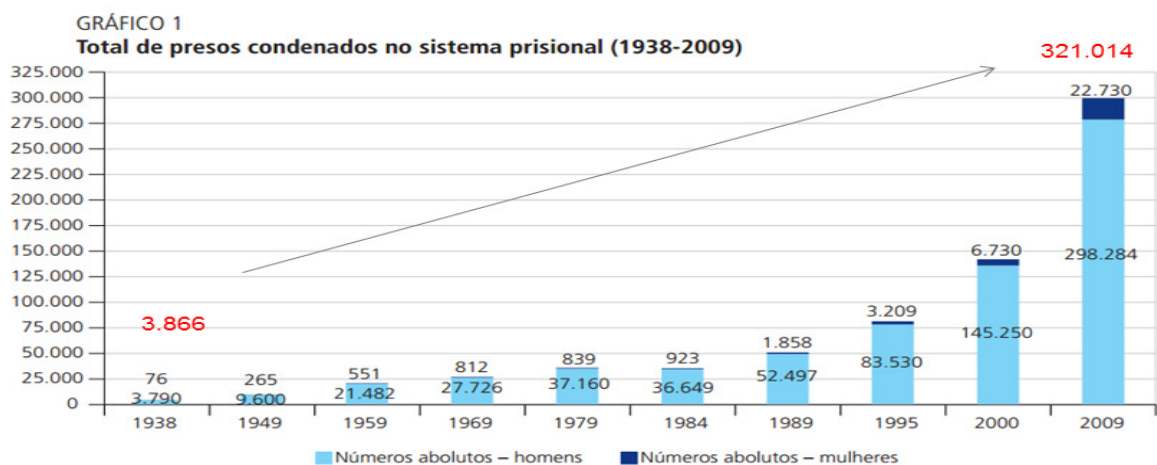
legitimação, tornou-se um sistema penal irracional, servindo apenas de instrumento de intimidação das classes dominantes sobre as menos desfavorecidas.

Já o Movimento de Lei Penal e Ordem, contrapondo-se ao Abolicionismo, prega que o Estado deve enrijecer seu sistema punitivo com a criação de leis penais mais severas, novos tipos penais incriminadores e deve negar determinadas garantias processuais aos infratores, para que com isso a sociedade esteja salva e protegida de indivíduos tidos como marginais. O autor faz fortes críticas a este movimento, assevera que o Estado Penal não pode substituir o Estado Social, devendo este ser priorizado e não relegado ao segundo plano.

Com ênfase, Greco diz que a adoção das medidas do movimento de Lei Penal e Ordem traz como consequência lógica um direito penal puramente simbólico, sendo impossível sua aplicação.

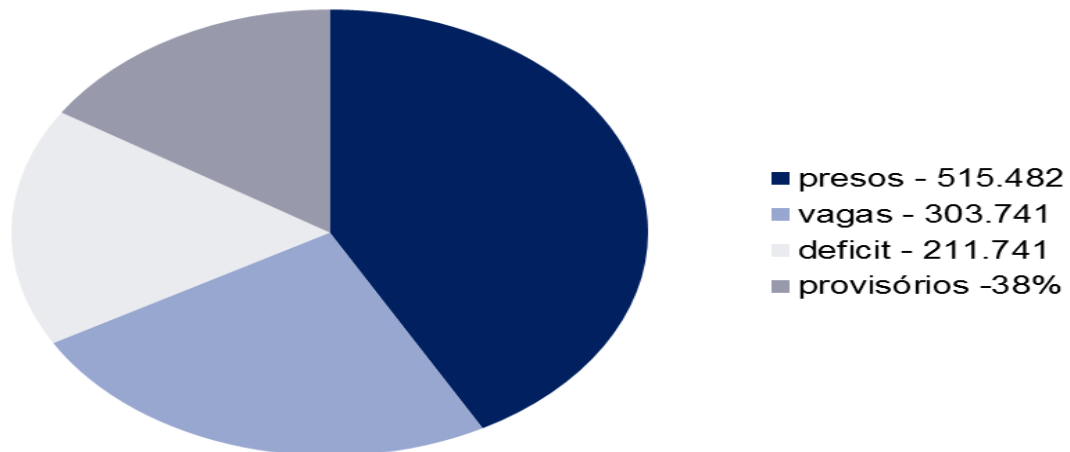
Assim, ao enquadrarmos tal raciocínio com a realidade do sistema penal brasileiro constatamos que a pena tem servido de mero símbolo de uma percepção errônea de segurança, uma vez que o sistema carcerário é na verdade um dos fatores provocadores da manutenção do círculo da violência em nossa sociedade.

A população carcerária do Brasil teve uma expansão de 83 vezes em setenta anos, de acordo com um mapeamento executado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Já com base em dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) o número de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 em 1938 pessoas para o 321.014 em 2009. Conforme gráfico abaixo:



Fonte: Anuários Estatísticos do IBGE (1939-1940, 1950, 1961, 1972, 1981, 1983 e 1992); Depen; Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Brasil, 2011).

Com base em informações recentes, 38% da população carcerária estavam presos em situação provisória. No ano de 2012, o Brasil possuía 515.482 pessoas aprisionadas, sendo que o número de vagas eram para apenas 303.741 pessoas, já havia um *deficit* de 211.741 vagas. Vejamos:



Fonte: dados extraídos do Relatório de Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) sobre a Reincidência no Brasil. (Brasil, 2015, p. 10)

Naquele ano nós já ocupávamos o quarto lugar dos países que mais encarceravam no mundo.²⁶ Contudo, os índices de criminalidade eram, e ainda são, muito altos o que revela a ineficiência do sistema carcerário penal e reafirma a função meramente simbólica da pena.²⁷

Ainda no ano de 2008 a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário divulgou que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% a depender da Unidade da Federação. Como conclusão do relatório final da pesquisa foi afirmado que “hoje sabemos que a prisão não previne a reincidência e que devemos caminhar para alternativas que permitam ao autor de um delito assumir responsabilidades e fazer a devida reparação do dano eventualmente causado”.(Brasil, 2008)

²⁶ Segundo dados do International Centre for Prison Studies (ICPS) – –, o Brasil fica atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

²⁷ Dados extraídos do Relatório de Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre a Reincidência Criminal no Brasil, p. 10.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O julgamento do HC 126.292/SP julgado em 17 de fevereiro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, marcou o que hoje é chamado de Execução provisória da pena, definindo que a execução da pena pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, independente de prisão cautelar. A decisão retomou entendimento que era firmado entre 1991 e 2009, pelo HC 68.726, e contrariando o vigente desde 2009 de acordo com o HC 84.078 que definiu a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Esse acórdão definiu que o acusado pode ser considerado culpado antes da decisão definitiva, em tempo que ainda cabe a via recursal. Nesse capítulo serão abordados as doutrinas e jurisprudências que exploram a mudança de posicionamento do STF frente ao princípio da presunção de inocência, quais argumentos foram utilizados para tal mudança, e os reflexos que tal decisão trouxe para a sociedade.

4.1 Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

A decisão exarada pelo STF em fevereiro de 2016, transformou o entendimento da suprema corte sobre a impossibilidade de início de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença. Tal mudança ocasionou em uma nova interpretação do princípio de presunção de inocência, que passou a não impedir o início do cumprimento da pena após a decisão condenatória de segundo grau pelo órgão colegiado, ou seja, do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, ainda que esteja pendente julgamento de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial.

Ao julgar o HC 126.292/2016, o STF decidiu por mudar totalmente o seu posicionamento. Por maioria de votos, o Plenário do STF negou o HC e entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autorizaria, assim, o início da execução da

pena. Conforme a ementa do referido julgado:

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. 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. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC. 17-05-2016)

Cumprido ressaltar que os ministros que seguiram o voto do relator foram Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Em divergência, e votando pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do *habeas corpus*, votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e a ministra Rosa Weber.

Através dessa decisão, a Suprema Corte, transformou seu posicionamento. O fato do STF passar a admitir a prisão definitiva antes do trânsito em julgado, possibilitou a execução provisória de benefícios penais. Com a edição da Súmula 716, reconhecendo a progressão de regime de cumprimento da pena, mesmo antes de transitar em julgado a sentença, para aquele que se encontre preso com fundamento no art. 112 da lei de execuções penais.

O preso provisoriamente, antes do trânsito em julgado, que cumprir tempo suficiente para pedir a progressão de regime (1/6 da pena máxima prevista em abstrato) terá direito aos benefícios da lei de execução penal, ou seja: a concessão de indulto, a progressão de regime de execução da pena e o livramento condicional, exigindo para tanto o preenchimento de requisitos subjetivos previstos em lei.

Nesta decisão, os Ministros fundamentaram a possibilidade de prisão penal antes do trânsito em julgado na impossibilidade de se debater nas instâncias extraordinárias matérias probatórias e na previsão do art. 637 CPP²⁸ de execução da

28 CPP Art. 637. 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.

sentença, quando da pendência de recurso extraordinário, haja vista ele não ter efeito suspensivo.

Contudo, vários doutrinadores não concordam com esta decisão, como por exemplo, para Távora e Alencar (2016, p. 8), essa decisão configura uma afronta ao postulado da presunção de inocência, uma vez que ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que admitir a execução provisória da pena antes da formação da coisa julgada, fundamentado no argumento da eficiência do sistema e pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal esbarra no texto da Constituição Federal e também do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, nº2).

Vale ressaltar que o julgamento do HC 126.292/2016 apesar de ter significado uma mudança importante no entendimento da Corte do Supremo, não foi uma decisão de caráter vinculante. Além disso, foi deixado de analisar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Assim, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 que serão analisadas agora.

4.2 Julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) consiste em uma ação judicial proposta com o objetivo de tornar certo judicialmente que uma determinada norma é compatível com a Constituição. No HC 126.292 de 2016, os ministros do STF ao se pronunciarem sobre o cabimento da execução provisória da pena deixaram de analisar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que é de fundamental relevância para o tema. Este artigo, em concordância com o disposto no artigo 5º, LVII, da CF, nos diz que: “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 do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.”

Diante dessa controvérsia, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizaram as ADCs 43 e 44, visando o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do art. 283 do CPP. Para essas entidades, como o artigo não foi analisado na decisão anterior, continua válido, devendo ser aplicado pelos tribunais.

Buscou-se com isso, pedido de medida cautelar para suspender as execuções da pena que tivessem sido proferidas por Tribunais com base no HC 126.292 o qual ignora o art. 283 do CPP. Assim, as entidades solicitaram a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes*²⁹ e efeito vinculante³⁰.

Por maioria dos votos, o STF indeferiu a cautelar e decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, significando que não fere a constituição, devendo ser feita uma interpretação conforme.

A interpretação conforme é um método moderno de hermenêutica jurídica (pode ser conceituada como a área da ciência jurídica que tem como objeto de estudo a interpretação das normas e leis jurídicas) que objetiva obstar a exclusão de uma norma infraconstitucional do ordenamento jurídico, que se revela incompatível com a Constituição, a menos aparentemente. Assim, trata-se de um procedimento que visa descobrir qual a vontade da lei ou do legislador no momento da criação da norma legal. Podendo resultar em uma interpretação que alargue ou restrinja o sentido da norma supostamente considerada inconstitucional, a fim de adequá-la no ordenamento.³¹

O pedido cautelar começou a ser analisado pelo Plenário do Supremo no dia 1º de setembro de 2016, o ministro relator foi Marco Aurélio, ele votou pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP e concedeu a cautelar pleiteada. Entretanto, na retomada do julgamento no dia 05 de setembro de 2016 o entendimento da maioria dos componentes da Corte foi pelo indeferimento da medida liminar. Assim, passaremos a analisar quais os argumentos de cada ministro.

4.2.1 Ministro Edson Fachin

²⁹ É entendido, literalmente: perante todos. Fala-se de ato, lei ou decisão que tem efeito sobre todos.

³⁰ A decisão do STF é dotada de efeito vinculativo ao analisar a constitucionalidade de um dispositivo legal que é objeto de entendimentos controversos entre os juízes e tribunais, ou seja, os juizes e demais tribunais devem adotar o posicionamento do Supremo na apreciação do mérito, conforme estabelece o artigo 102, § 2º da Constituição Federal.

³¹ MACIEL, Silvio Luiz. Controle de Constitucionalidade e a Interpretação conforme a Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional. N.º 53. Ano 13. Outubro/Dezembro de 2005. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2005.

O Ministro Fachin foi o primeiro a se posicionar de forma divergente ao relator, votando pelo indeferimento da medida cautelar, explanando que o artigo 283 do CPP em coadunação com a CF impede o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, defendendo que o início da execução criminal é coerente com a CF quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ uniformização da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Assim, especificou o Ministro que retomar ao entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência.

4.2.2 Ministro Roberto Barroso

O Ministro seguiu defendendo a divergência, ditando que há legitimidade na execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

No entendimento do Ministro, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. Dessa forma, a presunção de inocência poderia ser ponderável em relação a outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida, a integridade e o patrimônio social.

Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, mas grosseiramente injusto, e produziu consequências extremamente negativas e constatáveis a olho nu. Seguindo com seu raciocínio, o Ministro incentivou que consiste em prejuízo à interposição sucessiva de recursos para protelar o trânsito em julgado, acentuando a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da

sociedade em relação ao sistema de justiça, o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.

4.2.3 Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, reafirmou entendimento já especificado no HC 126.292, no qual foi relator e acompanhou a divergência, afirmando que o princípio da presunção de inocência não impede o cumprimento da pena. Teori lembrou ainda que esta era a jurisprudência do Supremo até 2009.

Nas palavras do Ministro, “a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”.

Afirmou ainda que mesmo a presunção de inocência sendo dotada da função de proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, ela não pode ser utilizada para esvaziar o sentido público de justiça, para que, dessa forma, seja o processo penal minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social.

O Ministro Zavascki citou ainda que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas, portanto, concretiza o duplo grau de jurisdição.

4.2.4 Ministra Rosa Weber

A Ministra Weber explanou seu entendimento, especificando que o artigo 283 do CPP está de acordo com o que preceitua o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, citando a importância da manutenção à obediência aos princípios inerentes a proteção dos direitos e garantias do homem, dessa forma, votando em acordo com o relator.

Weber citou ainda que, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado, explanando que não vislumbra a possibilidade de se chegar a uma interpretação diversa.

4.2.5 Ministro Luiz Fux

O Ministro Fux, votou seguindo a divergência, observando que tanto o STJ como o STF admite a possibilidade de suspensão de ofício, em *habeas corpus*, de condenações em situações excepcionais, havendo, assim, forma de controle sobre as condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição.

Segundo seu entendimento, o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Para defender seus argumentos, o Ministro citou que se o constituinte quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão, afirmou.

O ministro ressaltou ainda a necessidade de se dar efetividade à justiça, pois o direito fundamental social deve ser valorado através da aplicação da sua ordem penal.

4.2.6 Ministro Dias Toffoli

O Ministro se manifestou acompanhando o voto do relator de forma parcial, acolhendo sua posição subsidiária, especificando que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.

A fundamentação utilizada pelo Ministro Toffoli foi que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral, ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

De acordo com Toffoli, a CF exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Dessa forma, o Ministro cita entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou obstar tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena.

4.2.7 Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski fundamentou seu voto, observando que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é cristalino ao estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado, afirmando não vislumbrar como pode ser realizada interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo, dessa forma, ele acompanhou o voto do relator.

Para Lewandowski a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo do 283 do CPP.

4.2.8 Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes votou em acordo com a divergência, explanando que de acordo com seu entendimento, a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. O Ministro ressaltou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o *habeas corpus* e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo.

Mendes ressaltou ainda que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal, havendo considerável diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau. Gilmar Mendes citou ainda que países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

4.2.9 Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, acompanhou o voto do relator, ele defendeu de forma enfática que a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente é garantido pela Constituição Federal e pela lei penal.

De acordo com Mello, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história

nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Para o Ministro, a posição da maioria da Corte no sentido de rever sua jurisprudência fixada em 2009 reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais, e colocando em perigo a segurança jurídica.

Segundo o Ministro, é possível realizar reforma no sistema processual, sem que necessariamente se desrespeite um dos direitos fundamentais a que fazem *jus* os cidadãos de uma república.

4.2.10 Ministra Cármen Lúcia

A presidente do STF, foi enfática ao negar o pedido de cautelar, acentuando que o fato da CF estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena, posição na linha de outros julgados do STF.

Para a Ministra, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema penal e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas.

Deve-se atentar para a necessidade social de se obter uma resposta, com uma duração razoável do processo.

4.3 Impactos no Ordenamento Jurídico

Observados os votos dos ministros, é cabível que se façam algumas considerações. A priori, deve-se observar que cada ministro, ao defender ou rechaçar a prisão após a decisão de segunda instância, faz uso de versões de justiça ou injustiça que dependem da ótica do observador.

O ministro Teori Zavascki, por exemplo, ao defender a prisão após a decisão em segunda instância, depara-se com o sentimento de injustiça decorrente da suposição de uma condenação em segunda instância estar equivocada, caso em que o réu seria submetido a privação de sua liberdade, mesmo havendo uma

oportunidade de corrigir o equívoco em instância superior. Em resposta à tal situação, o ministro ressalta que, existindo plausibilidade jurídica ao Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, que seriam recursos adequados e eficazes para regular as possíveis situações de excessos ou injustiças das decisões judiciais, pode o tribunal atribuir-lhes efeito suspensivo, impossibilitando o cumprimento da pena.

Zavascki aponta o problema de se aguardar a prisão somente após o trânsito em julgado: um possível sentimento de injustiça vindo da hipótese de um réu culpado, que posterga a sua prisão através de recursos de cunho meramente protelatório. Já a resposta de Celso de Mello consiste na não inviabilização da prisão cautelar (ou seja, a prisão temporária e a preventiva) de indiciados ou réus perigosos, uma vez presentes as razões concretas que a justifiquem.

O que se observa são justificativas neutralizadoras das consequências mais severas que poderiam decorrer de cada situação, sem existir, de fato, um debate hermenêutico e profundo acerca da questão. Assim sendo, relativiza-se um princípio sem debatê-lo de fato.

Com base em argumentos como redução da impunidade, maior celeridade processual e aumento da crença nas instituições, diversos juristas se posicionam a favor da execução provisória da pena. Como foi analisado, um dos fundamentos mais levantados a favor da execução provisória da pena, que é o de se evitar a prescrição, se revela como partidário da teoria retributiva da pena, que como visto, tal teoria se preocupa em simplesmente em retribuir o mal causado pelo indivíduo a sociedade. Aqui a pena tem um fim em si mesma, entendendo-a como meio de punição, sem contudo, observar seu caráter preventivo e muito menos ressocializador.

A consequência deste tipo de decisão em vez de dá maior efetividade ao sistema penal, na verdade, acaba gerando um direito penal simbólico em que a pena passa a exercer uma função simbólica, já que ela não resulta em uma prevenção e tão pouco em uma ressocialização.

De outro lado, com base em argumentos que decidem pelo respeito ao texto constitucional, à necessidade de salvaguardar a constituição e aos danos que uma possível prisão equívoca pode causar a um indivíduo, a outra metade dos juristas se posiciona contra à execução da pena após condenação em segunda instância.

O novo entendimento do STF vai de encontro com o princípio constitucional

da presunção de inocência. É válido reiterar que tal princípio encontra respaldo nas declarações internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, indo ao encontro com os ordenamentos jurídicos internacionais modernos, como por exemplo o de Portugal³².

Afinal, o princípio da presunção de inocência não pode ser observado isoladamente. Na concepção da pirâmide Kelsiana³³ de que a Constituição é a principal fonte normativa do ordenamento jurídico, devendo todas as demais se subordinarem à ela, nos mostra que as normas hierarquicamente inferiores devem ser interpretadas de acordo com o texto constitucional, caso contrário estaríamos diante de uma norma ilegítima.

Deste modo a Constituição deve ser vista como um conjunto coeso e coerente, e todos os seus princípios e normas se relacionam entre si; o princípio em questão deve ser visto em um contexto onde existe o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); à legalidade (art. 5º, II); à inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); da anterioridade (art. 5º, XXXIX); ao devido processo legal (art. 5º, LIV); e à ampla defesa (art. 5º, LV).

Enfatizando, ainda, que a CF tem a dignidade da pessoa humana como postulado essencial da ordem constitucional, carregando-a logo em seu art. 1º, inc. III, e o princípio da presunção de inocência encontra-se entrelaçado por completo com aquele, há de se afirmar que não usá-lo como norteador para decisões é um grande atentado à ordem jurídica constitucional.

Outro ponto a ser levado em consideração é o da atual situação carcerária no Brasil. O próprio ministro Dias Toffoli, em seu voto, faz alusão à isto: afinal, quando da dosimetria da pena e da aplicação da Lei de Execução Penal, cabem diversas outras aplicações penais que não consiste, necessariamente, em restrição da liberdade. Em suas próprias palavras:

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos? Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias. O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir as exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por

³² Constituição da República Portuguesa, artigo 32, n.º 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.

³³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.
(ADC 43, 2016)

Destarte, a presunção de não culpabilidade não deve ser simplificada à uma questão de absolvição ou condenação, tendo em vista que existem outras questões a serem levadas em consideração, sobretudo no que se refere à quantidade da pena, ao seu regime inicial de cumprimento ou sua substituição por outra restritiva de direitos, o que também causa um grande impacto no *status libertatis*³⁴ dos condenados.

Assim sendo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado parece agravar um problema que já se encontra em estado de calamidade. E, seguindo o pensamento do Ministro Marco Aurélio, é de se pensar como seriam restaurados o tempo de liberdade do cidadão cumprindo a pena provisoriamente, se em um momento posterior fosse decidido que na verdade deveria ou poderia estar liberto.

A título exemplificativo, pode-se elencar dois casos que poderiam gerar danos aos direitos dos indivíduos. Primeiramente, pode-se observar o art. 33º, §4º, da Lei 11.343/2006, que trata de tráfico privilegiado. Se condenado por tráfico de drogas, e não reconhecido o privilégio em sede de 1º ou 2º grau, a fixação da pena é de 5 anos de prisão, considerada crime hediondo, iniciada em regime fechado. No caso, a instância superior seria aquela a reconhecer o privilégio e, nesse caso, a pena poderia ser reduzida de um sexto a dois terços, podendo ficar menos que dois e possível de ser cumprida em regime aberto. Entretanto, se executada a pena provisoriamente, o réu ficará preso em regime fechado por conta da execução penal em segunda instância, sendo, nitidamente, lesado.

Outro exemplo que pode ser utilizado é o da absolvição sumária, presente no art. 397 do CPP. Quando o Ministério Público recorre, o tribunal reforma a decisão e deve-se devolver o processo para a primeira instância, para que siga a instrução processual, podendo o juiz absolver ou condenar. Entretanto, se o Tribunal condenar e aplicar a pena, sem remessa à instância competente, o réu passa a cumprir uma pena baseada em uma decisão nula, o que não ocorreria se a decisão fosse analisada em sede recursal e a pena, aplicada apenas após o trânsito em julgado.

³⁴ Estado de liberdade.

Parece absurdo conceber que o direito à liberdade, um dos maiores bens jurídicos tutelados pela constituição, possa ser relativizado desta forma. Nesta seara, cumpre ressaltar, ainda, a pesquisa feita por Thiago Bottino, desenvolvida junto à FGV Direito no Rio de Janeiro, que revela que, em sede de HC, a Defensoria Pública obtinha êxito em mais de 65% dos casos no Superior Tribunal de Justiça e em 43% dos casos no Supremo Tribunal Federal.

Quando analisados recursos especiais e agravos em recursos especiais, a realidade não se difere muito: A Defensoria Pública do Estado de São Paulo obteve resultado positivo em 64% dos casos, a maioria deles pedindo substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, atenuação do regime, redução da pena ou mesmo absolvição. Conforme gráfico abaixo:



Fonte: Thiago Bottino, Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”, FGV, 2014.

Dados bastante expressivos, com relação aos mesmos pedidos, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro obteve uma taxa de sucesso nos recursos e agravos em recursos especiais de 41%, observando-se que em mais de 50% destes casos foi reconhecida a ilegalidade do regime prisional fixado, e em outros 7%, reconheceu-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos.

Logo, fica evidente a grande chance de reversibilidade das decisões dos Tribunais de Justiça pelo STJ, o que reforça o argumento de que a execução provisória da pena acarreta na prisão de pessoas que, na realidade, não estariam necessariamente fadadas à prisão.

Quanto ao argumento relativo aos recursos protelatórios que fortificam a impunidade, mais uma vez deve-se recorrer ao voto do ministro Dias Toffoli, já

transcrito anteriormente: o STF admite a determinação de baixa dos autos, independentemente da publicação de seus julgados, seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja com o objetivo de repelir a utilização de sucessivos recursos que estejam nitidamente abusando do direito de recorrer, visando postergar a execução dos seus termos. Assim sendo, havendo tal admissão por parte do STF, o argumento da quantidade exacerbada de recursos protelatórios não se justifica.

Ressalta-se ainda que o art. 283 do CPP transcreve, por exato, os anseios do legislador constituinte ao positivar o princípio da presunção de inocência em sede constitucional. Parece, de fato, difícil tentar interpretá-lo de outra forma, tendo em vista a clareza de ambos os textos jurídicos. E não se pode perder de vista que o entendimento estabelecido em 2009, através do HC 84.078/2009, forneceu as bases para que o legislativo editasse a lei que introduziu tal artigo no CPP, em 2011, o que causa uma estranheza ainda maior na atual mudança do entendimento.

Não se pode olvidar do fato de que tal entendimento, altamente controverso, incorre no sério risco de gerar insegurança jurídica. Isso porque nem todos os juízes se sentem vinculados ao mesmo, deixando de aplicá-lo por entender que não é coerente com o texto constitucional. Em decisão proferida em novembro de 2016, o ministro Marco Aurélio, por exemplo, deixou de aplicar aquilo decidido pelo STF:

DECISÃO PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações: O Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, no processo nº 3011993-43.2013.8.26.0451, absolveu a paciente, aludindo ao artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação da suposta prática dos crimes descritos nos artigos 33 (tráfico de drogas), cabeça, da Lei nº 11.343/2006 e 16, parágrafo único, inciso IV (posse irregular de arma de fogo com numeração suprimida), da Lei nº 10.826/2003. Por fim, determinou a expedição de alvará de soltura.[...] A fase é de análise da medida acauteladora. 2. Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda. O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “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”. Construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o aludido dispositivo, o Pleno deixou de implementar a liminar. A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão. O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do mencionado diploma legal, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Lei Fundamental. Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo[...] Defiro a liminar pleiteada para suspender a execução provisória do título condenatório. Recolham o mandado de prisão, ou, se já cumprido, expeçam o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso a paciente não se encontre presa por motivo diverso do retratado no processo nº 3011993- 43.2013.8.26.0451, da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP. Advirtam-na da necessidade de permanecer na residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda da cidadã integrada à sociedade. 4. O curso deste habeas corpus não prejudica o de nº 375.435/SP, formalizado no Superior Tribunal de Justiça. Remetam cópia desta decisão ao relator, ministro Felix Fischer, com as homenagens merecidas. 5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 6. Publiquem. Brasília, 16 de novembro de 2016. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (HC 138337 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 16/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULGADO EM 18/11/2016 PUBLIC 21/11/2016)

Por outro lado, dias antes deste julgado de Marco Aurélio, o STF reafirmou seu entendimento na análise de um Recurso Extraordinário com Agravo:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

A jurisprudência do STJ, por sua vez, está estabelecida no sentido de que a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação não é automática, quando a decisão ainda é passível de integração pelo Tribunal de Justiça (STJ, 2017). Leia-se as principais informações do inteiro teor:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NÃO ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia analisar hipótese de exceção ao entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246-SP, sob o regime de repercussão geral, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão de segundo grau e antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com o hodierno entendimento, os arts. 637 do CPP c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuírem efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido ou confirmado por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Na hipótese, contudo, há peculiaridade a ser observada. O Juiz de primeiro grau concedeu à ré, na sentença penal condenatória, o direito de recorrer em liberdade, por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, e, em consulta eletrônica, é possível identificar que não houve prévio esgotamento da jurisdição do Tribunal, pois há registro de interposição de Embargos de Declaração ainda não julgado. Como o acórdão condenatório é passível de integração e não há, ainda, pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça passível de ser impugnado por meio de recurso especial e de recurso extraordinário, deve ser afastada a possibilidade de execução das penas impostas. Não se olvida que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e apenas interrompem o prazo para a interposição dos recursos cabíveis. No entanto, dada a falibilidade que é característica do ser humano, excepcionalmente, existe a possibilidade de atribuir efeito infringente aos aclaratórios. Assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça. (HC 366.907-PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016)

Resta, então, obscuro à segurança jurídica qual o entendimento que será utilizado pelos juízes: se aquele estabelecido pelo STF, porém, como destaca o

ministro Marco Aurélio, sem efeito vinculante ou o que cada um desejar, tomando como base suas vontades e crenças pessoais de justiça e razoabilidade.

Dessa forma, mais um ponto importante é aquele relativo ao enfraquecimento da Constituição Federal e de seus princípios, bem como a descrença no judiciário, no STF e na justiça em geral. Ao relativizar-se um princípio de tamanha importância quanto o da presunção de inocência, pode-se estar abrindo como já foi dito um perigoso precedente. A Constituição Federal já tem sido vista com desconfiança diante dos ataques feitos ao seu texto, o que gera uma reflexão sobre se os direitos e garantias ali positivados garantem, de fato, alguma coisa. Exemplo disso é a grande discussão em torno dos recentes projetos de lei que visam modificar leis e direitos trabalhistas consolidados, cuja aprovação ameaçam os progressos feitos nesta seara ao longo dos anos. Logo, deve-se compreender que o STF não pode deixar influenciar seus julgados pela opinião das massas ou das elites, tampouco ameaçar a constituição em detrimento delas.

Torna-se difícil para a sociedade confiar em um Supremo Tribunal Federal que, enquanto detentor do papel de guardião da Constituição, se dá o direito de exceder o seu poder de interpretação. Não se pode deixar de lado a separação dos poderes, uma das bases do Estado Democrático de Direito, é algo que deve ser observado e respeitado.

Não se pode olvidar aquilo que se encontra no art. 2º da CF/88. Ao que parece, o STF, ao modificar o entendimento de uma norma tão clara, em verdade está criando uma nova norma e assumindo um papel que não lhe pertence, o que abre um perigoso precedente para que tal atitude se repita.

4.4 Possíveis Alternativas à Execução Provisória da Pena

Tendo em vista o que foi abordado, deve-se discutir quais as possíveis alternativas à execução provisória da pena após condenação sem segundo grau. Pretende-se demonstrar que há necessidade de modificar a interpretação do dispositivo constitucional em questão, principalmente tendo em vista a clareza semântica retirada de sua leitura.

A priori, deve-se ressaltar a existência do instituto das medidas cautelares. De acordo com o art. 282 do CPP, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)

Observa-se que para se alcançar a efetivação da aplicação da lei penal, o juiz, se considerar necessário e fundamentando seus motivos, pode se utilizar deste instituto para que o indivíduo fique preso temporariamente, até o trânsito em julgado. Há, inclusive, previsão constitucional nesse sentido, no art. 5º, inc. LXI da CRFB. Esta é a chamada prisão preventiva ou a prisão temporária, sendo a primeira aquela que é aplicada com base no art. 312 e 313 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A prisão preventiva consiste naquela cuja natureza é mais ampla, representando um meio de encarceramento durante a persecução penal, ou seja, durante o inquérito policial ou na fase processual. Admite-se a decretação prisional até antes do trânsito em julgado, estando presentes os elementos essenciais para tal decisão. Deve-se ter em vista que é uma medida de exceção que deve ser aplicada restritivamente para que seja compatível com o princípio da presunção de inocência.

A prisão temporária, por sua vez:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. (NUCCI, 2016, p.348)

Deve-se transcrever, ainda, as hipóteses de cabimento da prisão temporária, consistentes no art. 1º da Lei 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Assim sendo, já existe, no ordenamento jurídico, um instituto que permita o recolhimento do indivíduo à prisão, caso exista motivo que justifique – no caso, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, no caso da prisão preventiva; ou, no caso da prisão temporária, nas hipóteses elencadas acima. A prisão cautelar não fere o inc. LVII do art. 5º da CRFB e o art. 283 do CPP, tendo em vista que não se confunde com a execução da pena.

Logo, pode-se concluir que, diante da existência de instituto que permite a prisão antes do trânsito em julgado, em um contexto compatível com a constituição, perde-se o sentido da execução provisória da pena. Ainda que, conforme os votos dos ministros, hajam formas também de suspender a prisão do indivíduo (quando executada a pena após condenação em segunda instância), deve-se ponderar que é menos danoso à sua dignidade enquanto pessoa humana se manter em liberdade, exceto quando justificadamente couber uma cautelar, do que ser preso provisoriamente, até que seja concedido um HC, por exemplo.

No que tange à impunidade aos chamados “crimes de colarinho branco”, que são a grande preocupação do STF e, em parte, consiste em um dos motivos pelo qual mudou-se o entendimento, frente aos anseios da sociedade em ver punidos os políticos envolvidos em casos de corrupção, seria mais eficaz impor, nos crimes contra a administração pública, a reparação de dano como condição para a interposição de recursos. Nas palavras do min. Roberto Barroso, em seu voto no Agravo Regimental na progressão de regime na execução penal 22/DF:

Todavia, em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos. A decisão que se tomar aqui solucionará não apenas o caso presente, mas servirá de sinalização para todo o país acerca da severidade com que devem ser tratados os

crimes contra o erário. Observo que o § 4º do art. 33 não é o único dispositivo previsto na legislação penal que tem na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, basta uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: i) pode ser causa de revogação obrigatória do sursis; ii) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; iii) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; iv) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, "b", do Código Penal, entre outros vários exemplos.

No mesmo sentido deve-se perceber o voto da min. Carmem Lúcia, que também votou no agravo em questão:

Em apoio a tudo o que o Ministro Barroso afirma, eu lembraria que o Direito Penal caminha hoje para a prevenção cada vez maior. E é uma forma de, se não se prevenir, especificamente, o sistema apresentar pelo menos uma sugestão de que o crime não compensa. Nós já tivemos casos no Brasil, conhecidos, de pessoas - e reitero, não é este caso - que gastaram, tomaram uma enormidade - peculato - da Administração e, na sequência, não se conseguia obter esse recurso de volta. Quer dizer, a sociedade brasileira via isso, e exatamente com esse tipo de norma que se tentou, em que a política criminal é do legislador. (Ag. Reg. Execução Penal nº 22/DF)

Vê-se que a possibilidade em questão é menos danosa, afinal, revertida a condenação nas instâncias superiores, o valor pago pelo réu é reembolsado. O seu direito à não ser condenado penalmente antes do trânsito em julgado restará intacto.

Deve-se destacar, ainda, que cabe ao legislativo discutir e criar novas ferramentas compatíveis com a constituição para que a justiça seja mais célere e redundantemente justa. Ainda que o poder legislativo brasileiro possa ser considerado omissor, não cabe ao poder judiciário legislar, e mesmo ao discutir e dar interpretação à constituição, esta deve ser feita com base em discussões consistentes, e, deve-se ressaltar, sem excessos, principalmente quando o texto a ser interpretado é claro e objetivo como é o texto do inc. LVII, do art. 5º, da CF.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência constitui instituto primordial na defesa dos direitos do homem, tal princípio evoluiu de acordo com o curso da história, tornando-se importante realizar análise sobre a questão desse princípio frente à relativização e mutação que o mesmo sofreu em meio ao sistema jurídico brasileiro, trazendo consequências diretas à sociedade.

Ao descrever a axiologia tridimensional do princípio da presunção de inocência quanto às regras de julgamento, tratamento e de garantia, foi possível verificar que a execução provisória da pena caracteriza uma afronta a Constituição, assim chegamos a conclusão que o STF ao julgar pelas regras da hermenêutica jurídica não pode ao interpretar uma norma constitucional, retirar seu significado e diminuir a proteção que a norma garante, principalmente quando se tratar de norma que versa sobre um direito fundamental, como é o direito de ser presumido inocente.

Além disso, da explanação sobre as teorias da pena, teoria absoluta, relativa e a mista, e considerando que o Brasil adota a teoria mista, foi possível responder a pergunta: A princípio em qual das teorias os argumentos dos Ministros que votaram a favor da execução provisória da pena se fundamentam? Neste ponto, da análise dos votos dos ministros que se posicionaram a favor da execução provisória da pena, tanto no julgamento do HC 126.292 e no pedido de medida cautelar das ADCs 43 3 44, verificamos que eles enfatizaram a necessidade de se evitar a prescrição, bem como dar uma maior efetividade ao sistema penal, deste modo, entendemos que os fundamentos se baseiam apenas na teoria retributiva que prega que a pena tem um fim em si mesma, ou seja, a mera punição do criminoso.

Entretanto, conforme é possível extrair da leitura do artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser estabelecida, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção”, e mais, o direito penal moderno nos fala que a pena deve ainda servir para ressocialização, ou integração social (BARATTA, 1990).

A Constituição Federal em defesa da vida, da liberdade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, recepcionou em seu artigo 5º, o princípio da presunção de inocência, como uma garantia a esses preceitos. Tal princípio estabelece que o acusado é inocente até ser condenado em sentença transitada em julgado, onde pode ser considerado culpado.

O princípio da presunção de inocência é responsável por defender os direitos fundamentais do indivíduo acusado de ter cometido um delito, além de defender o próprio processo legal, dessa forma, a interpretação e aplicação de tal princípio deve ser analisada de forma cuidadosa, dado o seu nível de importância.

Os debates entorno do tema suscitado no presente trabalho, qual seja, a execução provisória da pena, envolvem um debate majoritariamente sobre a doutrina relacionada ao tema, observando as normas e princípios que são relevantes ao debate.

Faz-se necessário realizar uma interpretação constitucional, realizando um debate argumentativo, oriundo do resultado do julgamento do pedido cautelar das ADCs 43 e 44 a favor da execução provisória da pena. Levando-se em consideração a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal ter ocorrido, por conta desse julgamento e do mesmo ter sido por apenas um voto de diferença, mostra que o STF se encontra dividido no que tange ao assunto.

Essa divisão, na qual ambos os lados defendem ideais diametralmente opostas, é perigosa. Isso se reflete com o ministro Marco Aurélio, por exemplo, e sua recusa em seguir o entendimento da Corte para não trair o seu “dever de proteger a Constituição”.

Tal situação leva a sociedade à um dos maiores perigos que pode existir, a falta de segurança jurídica, pois torna-se complicado saber quando um juiz vai fazer uso do entendimento estabelecido pelo STF, ou vai agir de acordo com seus próprios conceitos de justiça.

Nesse diapasão, surge questionamento sobre o sistema jurídico brasileiro e a forma como há a aplicação da lei nos casos concretos, suscitando um debate sobre a discricionariedade interpretativa sobre as normas e princípios constitucionais.

No presente trabalho monográfico foi explanado que a execução provisória da pena não parece a decisão mais correta, haja vista que não é um entendimento que possui coesão com as normas constitucionais. A decisão de mudar o entendimento e a aplicação do princípio da presunção de inocência pode atingir os direitos fundamentais do indivíduo réu, haja vista a possibilidade da inocência.

Não se pode olvidar, ainda, um possível enfraquecimento do já fragilizado texto Constitucional: se o STF se julga no direito de desrespeitar um dispositivo

presente na Constituição Federal, cuja redação não deixa espaço para dúvidas, não há porque o mesmo tribunal deixar de repetir o ato, quando lhe convier.

A Constituição Federal é aquela que protege, também, os direitos das minorias: não é razoável curvar seu texto aos anseios de uma sociedade, principalmente quando estes, na maioria das vezes, focam na restrição de direitos. Não se pode deixar de preponderar a importância do bem jurídico tutelado em questão que, no caso, é o direito à liberdade. Aquele presumido inocente até o trânsito em julgado manterá seu direito exceto na aplicação de alguma medida cautelar que justificadamente o prive de sua liberdade, e o exercerá até que efetivamente o perca, após uma incontestável culpa. A verdade é que, em sede de direitos fundamentais, não há espaço para leviandades.

Ponto importante é que já existem mecanismos, tais como a prisão preventiva e a temporária, que garantem a prisão de indivíduos antes do trânsito em julgado, porém sem caráter de execução provisória da pena. No caso, são situações necessárias, previstas no código de processo penal. Além disso, podem existir outras ferramentas possíveis para esvaziar o judiciário e tornar o sistema jurídico penal mais eficiente. Entretanto, é necessária uma discussão consistente e substancial sobre os meios para se alcançar esse objetivo, atendendo-se aos ditames da constituição.

Diante disso, entende-se que não há a necessidade de fazer uso de interpretações exageradas para tentar consertar as mazelas do país. O problema real está, principalmente, nas próprias instituições. A Constituição deve ser debatida, é claro, e interpretada de acordo com a evolução da sociedade, entretanto, tal evolução nunca pode se dar no sentido de restringir ou dispensar direitos fundamentais.

A omissão legislativa leva ao ativismo judicial exacerbado, bem como à uma enraizada crise institucional que atormenta o Brasil. O legislador deve assumir um posicionamento ativo, de modo a reformar o sistema processual penal, tornando-o mais dinâmico e célere, sempre observando e colocando como norte os princípios e normas constitucionais, de tal modo que esteja assegurada a efetivação do texto constitucional. Ao judiciário, deve restar o dever de guardião da constituição, assim como a aplicação das leis com base nos seus ditames. Assim, é possível respeitar a Constituição Federal e evoluir com a legislação penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso 04 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 SP – Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 fev 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 16/12/2018

_____. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf Acesso: 04/01/2018

AVENA, Norberto. **Processo Penal** - 9ªed. São Paulo: Forense, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**; Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1** - 23ª Ed. Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** - 24. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal** - 4ª ed, São Paulo: Ed. RT, 2014.

GIL. Luis F. Pereira (Diretor). **Os grandes julgamentos da História: o processo de Tiradentes**. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1978.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, artigo na Revista do Advogado nº 42. São Paulo: AASP, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** – 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão Minimalista do Direito Penal** – 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Comentada** – 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**– 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACIEL, Silvio Luiz. **Controle de Constitucionalidade e a Interpretação conforme a Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. N.º 53. Ano 13. Outubro/Dezembro de 2005. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2005.

MASSON, Cleber Elsevier. **Direito Penal - Parte Geral - Esquematizado - Vol. 1** - 9ª ed. Método, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Arts. 1º A 120 do Cp - Vol. 1** - 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho** – 28.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Manual de Processo Penal e Execução Penal** - 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 21. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito** – 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Alexandre Cebrian; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado** – 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROXIN, Claus. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial** - 9ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **Pronunciamento no Ciclo de Debates Sobre o Sistema de Execução de Penas**. Minas Gerais, 20/04/2000, p. 30-32.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal** – 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal** - 17ª ed. Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. 1** - 11ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. cit. P. 271