

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

RÉGIS MUNARI FURTADO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
EVOLUÇÃO DO TEMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2019**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

RÉGIS MUNARI FURTADO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
EVOLUÇÃO DO TEMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
do Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito, na área de
concentração em Direito Processual Penal, sob a
orientação do Professor Titular Doutor Marco
Antonio Marques da Silva.

**SÃO PAULO
2019**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo fotocopiadores ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

E-mail: _____

FURTADO, Régis Munari

Presunção de inocência e execução provisória da pena: evolução do tema no Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988 / Régis Munari Furtado

252f.; 30 cm

Orientador: Marco Antonio Marques da Silva

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

1. Processo Penal 2. Presunção de inocência. 3. Direitos fundamentais. 4. Execução provisória da pena. 5. Execução penal. I. SILVA, Marco Antonio Marques da. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito Processual Penal. III. Presunção de inocência e execução provisória da pena: evolução do tema no Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988.

RÉGIS MUNARI FURTADO

Presunção de inocência e execução provisória da pena: evolução do tema no Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Titular Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Professor Titular Doutor Marco Antonio Marques da Silva
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho a todos os estudiosos do processo penal a mim antecedentes, sem os quais essa pesquisa jamais se realizaria.

A eles, a minha admiração e o meu agradecimento pela construção, aperfeiçoamento e a defesa científica do Direito Processual Penal.

O presente estudo foi realizado graças ao apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Processo n.º 132956/2018-7.

AGRADECIMENTOS

Não poderia iniciar os agradecimentos dessa pesquisa sem, antes, começar pelo princípio: DEUS. Obrigado Pai por ter cuidado de mim durante todo esse tempo, por ter me dado forças na busca da realização de um sonho e por jamais permitir que eu perecesse. No meio de tantas dificuldades, eu sabia que, do Alto dos Céus, o Senhor estava me olhando e guardando.

Ao Professor Titular Doutor MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, os meus mais sinceros agradecimentos. Jamais teria sido possível chegar até aqui sem o apoio e o incentivo incondicional do senhor. O senhor é, para mim, não só um grande professor e jurista, mas, sobretudo, um grande ser humano. É, hoje e sempre, uma das minhas maiores inspirações de vida, tanto acadêmica, como pessoal. Muito obrigado, professor.

Estendo, ainda, os meus agradecimentos, ao Professor Doutor ROBERTO FERREIRA ARCHANJO DA SILVA, ao Professor Doutor CLÁUDIO JOSÉ LANGROIVA PEREIRA e ao Professor Doutor BRUNO RICARDO CYRIL PINHEIRO MACHADO COGAN, não só pelas percuentes lições de Direito Processual Penal, mas, sobretudo, pelo amor demonstrado a docência e pelo incentivo dado ao longo da pós-graduação. Muito obrigado, professores.

Agradeço, também, aos amigos que a vida me proporcionou e que foram essenciais ao longo do desenvolvimento dessa pesquisa. São eles: THIAGO SILVESTRE OLIVEIRA, GABRIEL DÖRNTE BROCH, MARX LOPES PEREIRA, MICHELLE CAROLINE ROSSI CARDOSO, CAROLINE FERNANDES NUNES, JOÃO LUCAS TAVEIRA DA SILVA, ALESSA SANNY LIMA PEREIRA, ANDREIA GOMES DA FONSECA, ANDRÉ LOZANO ANDRADE, CAROLINA DA SILVA LEME, PAOLA ROSSI PANTALEÃO, YRLANNA BORGES DE CARVALHO SIMIONATTO, EDUARDO SAMOEL FONSECA e MARIANA DIAS BARRETO. Muito obrigado a cada um de vocês!

Dedico ainda os meus agradecimentos, a dois grandes professores de Mato Grosso do Sul que, não só me incentivaram a vir para São Paulo e aprofundar os estudos no Direito, mas, mais do que isso, sempre estiveram dispostos a me ouvir e ajudar: ao Professor Doutor

RUY CELSO BARBOSA FLORENCE e ao Professor Mestre ROBERTO FERREIRA FILHO, muito obrigado!

Agradeço, também, aos queridos RUI DE OLIVEIRA DOMINGOS e RAFAEL DE ARAÚJO que, não só desempenham um trabalho excepcional junto a Coordenação do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP, mas também por nunca medirem esforços ao ajudar quem precisa. Muito obrigado!

Agradeço, ainda, ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concessão da bolsa de estudos e que, certamente, proporcionou a minha dedicação exclusiva a pesquisa.

Por fim, agradeço a minha família, de quem, nesses dois anos morando em São Paulo, jamais deixei de pensar um minuto, meus pais, ILDO FURTADO DE OLIVEIRA e IZABEL MARIA MUNARI e meus irmãos, EURICO MENEZES FURTADO e ANDREI MUNARI FURTADO. Amo muito vocês, hoje e sempre!

“Não é possível amar o próximo como a si mesmo e perseverar nesta atitude sem a firme e constante determinação de empenhar-se em prol do bem de todos e de cada um, porque todos nós somos verdadeiramente responsáveis por todos”.

João Paulo II

RESUMO

FURTADO, Régis Munari. *Presunção de inocência e execução provisória da pena: evolução do tema no Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988*. 2019. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente pesquisa se propõe a analisar a evolução da execução provisória da pena no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da promulgação da Constituição de 1988. Embora a Constituição expressamente disponha em seu art. 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que, mediante a reforma introduzida no Código de Processo Penal pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, o art. 283 tenha sido modificado para limitar às hipóteses de prisão a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar essa questão em pelo menos sete oportunidades, num período de quase três décadas, não conseguiu estabilizar a matéria, ora admitindo o cumprimento provisório da pena, ora rejeitando-o. Diante desse contexto, busca-se, a partir da análise das decisões firmadas pelo Plenário, apontar os equívocos na reintrodução do cumprimento provisório da pena no ordenamento pátrio, entendimento consolidado a partir do julgamento do HC n.º 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016, bem como, ao final, apontar algumas propostas que, sob a nossa ótica, poderiam ser adotadas sem que, para tanto, fosse necessária a violação do texto constitucional.

Palavras-chave: 1. Processo penal 2. Presunção de inocência. 3. Direitos fundamentais. 4. Execução provisória da pena. 5. Execução penal.

ABSTRACT

FURTADO, Régis Munari. *Presumption of innocence and provisional execution of the sentence: evolution of the subject in the Supreme Court from the Constitution of 1988*. 2019. 252 p. Dissertation (Master of Law) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

This research proposes to analyze the evolution of the provisional execution of the sentence in the Plenary of the Supreme Federal Court, from the promulgation of the Constitution of 1988. Although the Constitution expressly provides in its art. 5, LVII, that “no one shall be found guilty until the final judgment has been passed” and that, by means of the reform introduced in the Code of Criminal Procedure by Law No. 12.403, of May 4, 2011, art. 283 has been modified to limit the possibility of arrest in blazing, temporary detention, pre-trial detention and imprisonment resulting from a final judgment, the Federal Supreme Court, by examining this issue on at least seven different occasions, for almost three decades, was unable to stabilize the matter, sometimes admitting the provisional sentence, sometimes rejecting it. Given this context, we seek, from the analysis of the decisions signed by the Plenary, to point out the mistakes in the reintroduction of the provisional fulfillment of the penalty in the legal system, consolidated understanding from the judgment of HC n.º 126.292/SP, of 17 February 2016, and, in the end, to point out some proposals that, from our point of view, could be adopted without violating the constitutional text.

Keywords: 1. Criminal procedure 2. Presumption of innocence. 3. Fundamental rights. 4. Provisional execution of the sentence. 5. Penal execution.

SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
AREsp	Agravo em Recurso Especial
ART.	Artigo
BNMP	Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
INFOOPEN	Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PEN	Partido Ecológico Nacional
PL	Projeto de Lei
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
SL	Suspensão de Liminar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Espelhamento do art. 5.º, LVII e LXI, da CF com o art. 283 do CPP.....171

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Tipos penais mais recorrentes.....	202
Gráfico 2. Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total.....	203
Gráfico 3. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.....	204

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	20
1.1 Reconstruindo as bases do processo penal brasileiro.....	20
1.2 Da inquisitoriedade ao modelo acusatório de processo: o processo penal e a Constituição Federal de 1988.....	34
1.3 A crise da teoria das fontes e o processo penal: entre a “constitucionalização” da lei ordinária e a “ordinarização” da Constituição.....	45
1.4 O confronto entre o eficientismo e o garantismo no processo penal: em busca de saídas constitucionalmente adequadas.....	54
1.5 O papel do juiz na tutela dos direitos fundamentais.....	63
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	70
2.1 Aspectos históricos da presunção de inocência.....	70
2.1.1 As discussões travadas entre as Escolas Clássica, Positivista e Técnico-Jurídica.....	74
2.1.2 Controvérsias terminológicas ligadas à presunção de inocência.....	82
2.2 Presunção de inocência no ordenamento pátrio.....	87
2.2.1 Das previsões constantes na Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).....	87
2.2.2 A discussão do atual art. 5.º, LVII, da Constituição Federal de 1988 na Assembleia Nacional Constituinte de 1987.....	91
2.2.3 A modificação do art. 283 do Código de Processo Penal advindas com a Lei n.º 12.403/2011.....	100
2.3 Presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos.....	106
2.3.1 A controvertida questão da hierarquia dos tratados internacional de direitos humanos.....	108
2.4 A presunção de inocência e seu conteúdo normativo.....	114
2.5 Prisão provisória.....	121
2.6 Execução provisória da pena.....	134
2.6.1 Definição e cabimento.....	134
2.6.2 Natureza jurídica da execução provisória da pena.....	137
3. ESTUDO E CRÍTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	142
3.1 A evolução jurisprudencial da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal.....	143

3.1.1 A primeira decisão no Plenário após a Constituição Federal de 1988: o HC n.º 68.726/RJ, de 28 de junho de 1991.....	144
3.1.2 As primeiras divergências: o HC n.º 69.964/RJ, de 18 de dezembro de 1992.....	147
3.1.3 A reviravolta na execução provisória da pena: o HC n.º 84.078/MG, 5 de fevereiro de 2009.....	148
3.1.4 O retorno a execução provisória da pena: o HC n.º 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016.....	153
3.1.5 O julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, de 5 de outubro de 2016: o surgimento de uma terceira via.....	155
3.1.6 Reiterando a execução provisória da pena: o ARE n.º 964.246-RG/SP, de 10 novembro de 2016.....	161
3.1.7 A consolidação da execução provisória da pena e o surgimento de uma quarta proposta: o HC n.º 152.752/PR, de 4 de abril de 2018.....	163
3.2 Crítica aos argumentos legitimadores da execução provisória da pena.....	167
3.2.1 A questão do direito ao duplo grau de jurisdição.....	173
3.2.2 O esgotamento da jurisdição ordinária e a possibilidade de trânsito em julgado progressivo.....	175
3.2.3 A ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais.....	185
3.2.4 A necessidade de tornar a jurisdição criminal mais funcional e equilibrada e a impunidade desencadeada pela interposição de recursos.....	193
3.2.5 O princípio da igualdade e a seletividade do sistema penal.....	200
3.2.6 O Direito comparado e a autorização de execução provisória da pena.....	206
3.2.7 Execução provisória da pena e a violação da dignidade da pessoa humana.....	210
3.3. Em torno de soluções: é possível rever a execução provisória da pena sem atentar contra a Constituição de 88?.....	215
CONCLUSÕES.....	218
REFERÊNCIAS	226

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, encerrava-se, no Brasil, um triste período histórico marcado pela restrição a direitos e garantias individuais, notadamente o da liberdade. Consagrava-se, em definitivo e pela vez de forma explícita no texto constitucional brasileiro, a previsão de que se denominou de presunção de inocência ou de não culpabilidade, segundo o que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII, da Constituição).

Como se verá ao longo da presente pesquisa, imaginava-se, equivocadamente, que a partir daí, estaria afastada a possibilidade de execução provisória da pena, enquanto não sobreviesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, admitindo-se, em consequência, que a segregação cautelar de quem que fosse, dar-se-ia apenas em se tratando de prisão cautelar. Em outras palavras, acreditava-se que, a partir da consolidação dessa importante garantia, afastada estaria a prisão pena, enquanto não sobreviesse o marco temporal do trânsito em julgado.

Apesar da clareza com que se observa a redação do art. 5.º, LVII, da Constituição, fruto, como se verá mais à frente, de uma escolha política promovida pela Assembleia Nacional Constituinte, o Plenário do Supremo Tribunal, desde então, debruçou-se sobre a questão em pelo menos sete oportunidades sem que, decorridas três décadas da promulgação da Carta de 88, houvesse efetiva pacificação do tema, no sentido de saber se seria, ou não, admissível a execução provisória da pena.

A primeira decisão no Plenário do Excelso Pretório acerca do assunto, deu-se na análise do HC n.º 67.726/RJ, de 28 de junho de 1991, pelo qual entendeu-se, que a imposição do cumprimento antecipado da pena, não afrontaria o art. 5.º, LVII, da Constituição, legitimando-se, em consequência, o entendimento que já prevalecia anteriormente. Esse mesmo

posicionamento foi, posteriormente, reiterado no HC n.º 69.964/RJ, de 18 de dezembro de 1992, ocasião, entretanto, que proporcionou o surgimento de tese diversa.

Decorridos dezesseis anos daquele julgamento, em decisão absolutamente diversa das anteriores, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 84.078/MG, entendeu, por uma maioria de sete votos a quatro, que a execução provisória da pena seria inconstitucional no ordenamento pátrio, em razão de violação ao art. 5.º, LVII, da Constituição, bem assim reconhecendo que a prisão somente poderia se dar, legitimamente, a título de cautelar.

Após dez anos de um longo percurso, o Brasil vê, finalmente, aprovado pelo Poder Legislativo e sancionado pela então Presidente da República, o Projeto de Lei n.º 4.208/2011, então convertida na Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011 que, ao alterar o art. 283 do Código de Processo Penal, dispôs 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 ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Apesar do entendimento consolidado pela Suprema Corte em 2009 e a edição da Lei n.º 12.403/2011, pelo qual acreditava-se afastada, de uma vez por todas, a possibilidade de determinação de execução provisória da pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 126.292/SP, reprimirando os argumentos que já haviam sido afastados no julgamento anterior, consagrou a orientação de que a execução provisória da pena não comprometia a presunção de inocência.

Ao retomar esse tema na apreciação do ARE n.º 964.246-RG/SP, de 5 de outubro de 2016, bem assim na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, em que pese à manutenção do posicionamento anteriormente firmado no HC n.º 126.292/SP, duas novas teses a respeito do tema acabaram se desenvolvendo. Enquanto uma entendia que a execução provisória da pena

somente estaria legitimada após a apreciação do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, a outra entendia, em acréscimo a essa posição, que os delitos graves também autorizariam a execução provisória da pena.

É esse o pano de fundo que a presente pesquisa se apoia. Busca-se, com o presente estudo, analisar a evolução da execução provisória da pena no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988, analisando, criticamente, os principais argumentos utilizados para legitimá-la, uma vez que, concordando ou não, a Constituição parece ter sido bastante clara à exigência de trânsito em julgado para que o indivíduo pudesse, contra si, ver afastada a presunção de inocência.

Sendo este o contexto, entendemos imprescindível, antes de promover uma análise dos argumentos favoráveis ao cumprimento antecipado da pena, o estudo de alguns temas que circundam o assunto. Desse modo, no primeiro capítulo, reconstrói-se as bases do processo penal brasileiro, compreendendo o contexto histórico pelo qual foi o Código de Processo Penal foi elaborado. Mais à frente, analisa-se a ruptura do modelo anterior a partir da Constituição de 1988, bem assim da crise desencadeada pela tendência a “constitucionalização” da lei infraconstitucional e a “ordinarização” da Constituição. Na sequência, verifica-se a difícil conciliação exigida entre o garantismo e o eficientismo na persecução penal, propondo alguns caminhos para superar essa dicotomia. Até, finalmente, chegar ao papel do juiz no processo penal, notadamente à sua condição de garante de direitos fundamentais.

Buscando um maior aprimoramento técnico da matéria, no segundo capítulo, é examinada num contexto amplo a presunção de inocência, buscando explicitar não apenas o seu contexto histórico e as controvérsias terminológicas existentes entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, mas, sobretudo, o impacto dessa notável garantia nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte, na edição da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e, por fim, as modificações advindas com a Lei n.º 12.403, de 4

maio de 2011, que alterou o art. 283 do Código de Processo Penal. Perquire-se, também, a presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos e, ainda, a sua hierarquia no ordenamento interno, sobretudo diante da ratificação do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, que instituiu o Pacto de São José da Costa Rica e, dentre outros direitos, reconheceu a presunção de inocência. Logo após, apresenta-se o conteúdo normativo da presunção de inocência, até chegar-se às hipóteses de prisão no Brasil, dentre as quais a execução provisória da pena, analisando-se não apenas o seu cabimento, mas, também, a sua natureza jurídica.

Caminhando-se para o final, no terceiro e último capítulo, apresenta-se uma síntese dos sete julgamentos realizados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 68.726/RJ, HC n.º 69.964/RJ, HC n.º 84.078/MG, HC n.º 126.292/SP, ARE n.º 964.246-RG/SP, Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e HC n.º 152.752/PR), acerca do cumprimento antecipado da pena, enfrentando-se, na sequência, uma análise crítica dos principais argumentos utilizados para legitimar a execução provisória da pena. Ao final, mostrando ser possível rever a execução provisória da pena sem a necessidade de violação da Constituição, apresenta-se algumas soluções que, sob nossa ótica, permitem alterar essa realidade.

Por último, é preciso destacar que, do ponto de vista metodológico, o estudo ora apresentado assenta-se na revisão bibliográfica dos temas abordados, bem como na análise dos precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, a partir da promulgação da Constituição de 1988, promovendo-se, enfim, uma análise argumentativa de dados. Importa, para a presente dissertação, portanto, os argumentos que legitimam a execução provisória da pena, mormente em vista da redação literal constante no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, bem como da construção jurídica desenvolvida ao redor da presunção de inocência, cujos temas, acreditamos, seguirão vivos e controversos.

1 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A execução provisória da pena encontra-se inteiramente relacionada a disposições advindas com o Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941). Aprovado no curso do Estado Novo (1937-1946), durante a ditadura de GETÚLIO VARGAS, a vigente legislação processual penal, até mesmo diante do período histórico a que foi elaborada, parece ainda carregar, dentro de si, alguns pontos autoritários.

Com a promulgação da Constituição de 1988, impôs-se uma verdadeira alteração de paradigmas. Tratado o réu como mero objeto e voltado o processo penal a defesa social, os novos ares advindos com a Constituição alterou completamente essas posições. Consagrou-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III) e, como consequência, foi assegurado um extenso rol de direito e garantias individuais (art. 5.º), dentre os quais, o da presunção de inocência (art. 5.º, LVII).

É nesse campo que torna-se necessária não apenas a reconstrução das bases do processo penal e a análise da superação do modelo inquisitorial pela Constituição de 1988 como, ainda, o estudo da crise da teoria das fontes, onde a lei ordinária é “constitucionalizada” e a Constituição “ordinarizada”, bem assim o confronto entre eficientismo e garantismo até, enfim, a análise do papel do juiz na tutela dos direitos fundamentais, cujos temas repercutem e se relacionam diretamente a problemática de pesquisa ora proposta.

1.1 Reconstruindo as bases do processo penal brasileiro

Não se pode pensar o processo penal como instrumento neutro, desassociado do contexto político e econômico a que ele está inserido num dado ordenamento jurídico¹ e em

¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 76-77. Daí a observação do autor no sentido de que “o processo é a ponte por excelência

determinado período histórico. JAMES GOLDSCHMIDT eternizou essa ideia com a célebre afirmação de que os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição².

Enquanto fenômeno jurídico, o processo penal manifesta não apenas a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, mas também as suas relações de poder, segurança, controle e dominação³, além da ideologia dominante no período⁴. É por isso que a reconstrução das bases do Código de Processo Penal brasileiro, segundo alguns defendem, de matriz autoritária⁵, permite ampliar às percepções que a presunção de inocência ainda gera no ideário jurídico e a efetiva compreensão de respeito e valorização dessa importante garantia fundamental.

Do ponto de vista histórico, o Brasil em seus mais de quinhentos anos de história somente conheceu um Código de Processo Penal legitimamente discutido e aprovado no seio do Poder Legislativo. Apesar de no momento da chegada dos portugueses ao Brasil estar formalmente em vigor as Ordenações Manuelinas, a realidade mostrava que era o arbítrio dos

entre o cidadão e o poder jurisdicional, ainda que seja mostrado como um instrumento técnico aparentemente neutro, sofre e se modifica, como todo o respeito do direito, de acordo com as modificações políticas e até mesmo econômicas que ocorrem na sociedade”.

² GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67. Em análise semelhante, ROXIN, Claus (*Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 10) aponta que “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal”. Em mesmo sentido, cf. MAIER, Julio B. J. *Derecho proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. t. 1, p. 89; BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editores, 1974. p. 85.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 180; CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219.

⁴ Tais características estão umbilicalmente ligadas ao que AGUIAR, Roberto A. R. de (*Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984. p. 138) cunhou por “dimensão conservadora do direito”, traduzida em uma dupla dimensão da legislação: “a primeira oriunda de seu objetivo de estabelecer uma ordem segundo os interesses e a ideologia do poder, a segunda por ser elemento essencial para a própria manutenção e duração desse mesmo poder”.

⁵ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 64; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: RT, 2003. p. 173; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CASARA, Rubens R. R. op. cit. p. 218. p. 155; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1, 5 e 8; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1, p. 106.

donatários o modelo de direito aplicado⁶. Em 1603, finalmente, passava a vigorar as Ordенаções Filipinas que, efetivamente, foram aplicadas às terras recém descobertas, permanecendo vigente até a Independência do Brasil em 1822⁷.

Somente após a proclamação da Independência tornou-se possível a edição de normas penais e processuais penais genuinamente brasileiras⁸. Com a elaboração da Constituição do Império, em 25 de março de 1824, houve a incorporação de ideais liberais que substituíram as práticas inquisitoriais materializadas no período⁹, criando-se um extenso rol de direitos individuais, cuja manutenção ficou a cargo do Poder Judiciário¹⁰.

Em 29 de novembro de 1832 é editado pelo Legislativo a Lei n.º 29, conhecida como Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Considerado por AURELINO LEAL “a mais brilhante vitória no domínio da justiça” e por PENDÍA CALÓGERAS “como formoso monumento de saber jurídico e de espírito liberal”¹¹, constituiu-se, tal qual a Constituição do Império, em um diploma voltado aos anseios humanitários e liberais que permeava o período¹².

⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: IOB Thompson, 2004. p. 61; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 140-141; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56; AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 144. BAJER, Paula (*Processo...cit.*, p. 11) afirma que “quando o Brasil passou a integrar os mapas geográficos, obteve de Portugal um sistema jurídico já estabelecido. Vigiam as Ordenações Manuelinas, que substituíram, em 1521, as Ordenações Afonsinas. Mas aplicadas no Brasil, efetivamente, foram as Ordenações Filipinas, a partir de 1603”.

⁷ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 79; BAJER, Paula. *op. cit.*, p. 11; MARQUES, José Frederico. *Elementos...cit.*, v. 1, p. 96. Não se ignora o fato de que, entre a edição das Ordenações Filipinas em 1603, a vinda da Família Real em 1808 e a Independência do Brasil, promoveu-se a edição de inúmeras leis processuais penais. Entretanto, nenhuma delas foi codificada, nos moldes das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, do Código de Processo Criminal de 1832 ou do Código de Processo Penal de 1941, não sendo, por isso, referenciadas no presente estudo.

⁸ PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 79; BAJER, Paula. *Processo...cit.*, p. 23.

⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos...cit.*, v. 1, p. 96; BAJER, Paula. *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...cit.*, v. 1, p. 158. Para PIERANGELI, José Henrique (*Processo...cit.*, p. 82) “o art. 179 da Carta Política do Império definiu os “direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo ‘preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordенаções’”. Cumpria, assim, de certa forma, o Imperador, a promessa contida no decreto de dissolução da Constituinte, de que o projeto que elaboraria seria ‘duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembleia acabou de fazer’”. Deve se observar, contudo, conforme afirma BAJER, Paula (*Processo...cit.*, p. 21-22), que “a Constituição destinava-se aos poucos brancos e mestiços que votavam”.

¹¹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo...cit.*, p. 91-92.

¹² MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 96; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *op. cit.*, p. 176; CHOUKR, Fauzi Hassan. Linhas fundamentais do processo penal brasileiro. In: _____. *Processo penal à luz da Constituição: temas escolhidos*. 1. ed. Bauru: Edipro, 1999. p. 37. Houve, no entanto, posteriores reformas a Lei n.º 29, de 29 de novembro de 1832: a Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1941 e a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro

Abolida a escravidão em 1888, declarado o fim da monarquia e proclamada a República em 1889, instaurava-se uma nova época caracterizada pela necessidade de adaptação das leis então vigentes aos interesses da burguesia urbana e da aristocracia então formada¹³. Com a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, estabelece-se uma série de importantes regras de processo penal, bem como torna possível aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de direito processual e de organização judiciária¹⁴.

Somente a partir da Revolução de 1930 e a edição de uma nova Constituição, em 16 de julho de 1934, é que se colocou fim a esse modelo pluralista de edição das normas processuais. Restaura-se, assim, a unidade processual perdida com a Constituição de 1891, fixando a competência privativa da União para legislar sobre o direito processual (art. 5.º, XIX, “a”)¹⁵.

Em síntese, é possível dizer que depois do período de liberalismo da legislação processual penal entre 1832 a 1841, do período reacionário entre 1841 a 1871 e, a partir de 1871, de um terceiro período marcado pela harmonização dos marcos anteriores¹⁶, há uma abrupta mudança circunstancial com a implantação do Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 de GETÚLIO VARGAS, iniciando o período ditatorial¹⁷ conhecido por Estado Novo.

de 1871. Quanto a primeira, houve uma oposição violenta do partido liberal que denunciava a tentativa de restauração das previsões das Ordenações e a implantação de um “policialismo” exagerado, para além da exigência do país, e o fortalecimento do reacionarismo político (MARQUES, José Frederico. *Elementos...*cit., v. 1, p. 101). O discurso do Deputado Alvares Machado bem ilustra a discussão da época: “parece que meus colegas entendem que, restringindo liberdades, evitarão crimes e desordens. Porventura, o Liv. V das Ordenações, apesar das penas e dos castigos horrorosos, evitou aquêle caso da tentativa de morte contra a pessoa sagrada Del Rei D. José? Evitou a prática de crimes comuns? Evitou a nossa Independência e o nosso sistema liberal?” (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...*cit., v. 1, p. 180). Em relação a segunda lei, de 1871, houve o retorno das posições liberais, estabelecendo-se a separação entre o Judiciário e a polícia, além de promover algumas inovações no inquérito policial e modificações na prisão preventiva, na fiança, nos recursos e no *habeas corpus* (MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 101; PIERANGELI, José Henrique. *Processo...*cit., p. 137)

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*cit., p. 60.

¹⁴ PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 148 e 149; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...*cit., v. 1, p. 220. Especificamente em relação à possibilidade de os Estados legislarem sobre matéria processual penal, observa MARQUES, José Frederico (*Elementos...*cit., v. 1, p. 102) que “o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecessem acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal”.

¹⁵ Art. 5.º Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos...*cit., v. 1, p. 103.

¹⁷ FERNANDES, João Batista Ribeiro de A. *História do Brasil*. 16. ed. Rio de Janeiro, São José, 1957. p. 421.

Cuida-se aqui do momento histórico que, de fato, interessa à presente pesquisa, posto ter sido este o caldo cultural que o Código de Processo Penal, atualmente em vigor, acabou elaborado. Forjado com bases em um nacionalismo autoritário¹⁸, a fundação do Estado Novo é promovida em pleno período de paz, declarando-se estado de guerra às facções liberais e esquerdistas do país¹⁹. É de GETÚLIO VARGAS a frase de que “os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade”²⁰.

É a instauração de um período centralizador²¹ e autoritário²² que, sistematicamente, passa a suprimir as liberdades públicas²³, já que o pensamento dominante se traduz na

¹⁸ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. *Locus: Revista de História*, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2007. p. 32; CIOTOLA, Marcello. O pensamento autoritário de Francisco Campos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, jul./dez. 2010. p. 81; FAUSTO, Boris. *Openamento nacional autoritário: 1920-1940*. São Paulo: Zahar, 2001. p. 15-20. BEIRED, José Luis Bendicho. *Sob o signo da nova ordem: intelectuais autoritários no Brasil e na Argentina*. São Paulo: Loyola, 1999. p. 201. Sobre esse tema, aponta o autor que, “embora o problema não fosse novo – incluindo alguns dos termos em que foi equacionado –, a situação do país e do mundo era peculiar no contexto do pós-Primeira Guerra. O novo cenário era marcado pela corrida armamentista, pelo crescimento do antiliberalismo, pelo ressurgimento de movimentos nacionalistas geralmente associados à extrema direita política e pela afirmação dos Estados nacionais num processo de reordenamento das relações de força no plano internacional. Por outro lado, também foi uma época de ascensão da esquerda política, que teve na União Soviética uma das melhores provas de que podia chegar ao poder”.

¹⁹ COTRIM, Lívia Cristina de Aguiar. *O ideário de Getúlio Vargas no Estado Novo*. 1999. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. p. 141-154; CARONE, Edgard. *O Estado Novo: 1937-1945*. Rio de Janeiro: Difel, 1976. p. 253. Especificamente com relação ao Golpe de 1937, anota o autor que “Francisco Campos anuncia a nova Constituição, ‘remédio nacional contra as moléstias que assolavam o país’. O novo instrumento jurídico é ‘drástica medida de emergência, destinada a permanecer em vigor por todo o tempo em que fosse necessário ao bem do país, à manutenção da paz interna e à defesa contra os planos agressivos de Estados, disfarçados de amigos, mas, na realidade, inimigos’”. Afinal, para Getúlio Vargas, “‘reestabelecer o prestígio do governo central’ é a razão de ser do golpe” (idem, *ibidem*, p. 255 e 257).

²⁰ VARGAS, Getúlio. “Os trabalhadores de São Paulo e o Governo” improviso, em agradecimento pela grande manifestação trabalhista da tarde 23 de julho de 1938, na Avenida São João. In: *A Nova Política do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. v. 5, p. 311.

²¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...cit.*, p. 170; FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: EdUSP, 2006, p. 333; SANTOS, Marco Antonio Cabral dos, *ibidem*, p. 31.

²² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...cit.*, p. 170. É importante promover uma distinção entre totalitarismo e autoritarismo. Enquanto o primeiro, para FAUSTO, Boris (*O pensamento...cit.* 7-8), nasce “da necessidade de identificar a nova forma de regime que surgiu no século XX, não-enquadrável nas antigas designações de ‘despotismo’ ou de ‘tirania’”, de tal modo que a palavra nasceu da coisa. A coisa corresponde à instituição de regimes que visam a sujeitar a sociedade nos moldes de um Partido-Estado, cujo chefe é fundamental, seja no estabelecimento de laços emotivos com as massas, a partir de uma figura carismática”, o segundo “caracteriza-se, negativamente, por menor investimento em todas as esferas da vida social; pela inexistência de uma simbiose entre Partido e Estado, sendo o primeiro, quando existente, dependente do último; pelas restrições à mobilização das massas. Um dos traços básicos do autoritarismo consiste na relativa independência que preserva a sociedade em relação ao Estado: a autonomia de algumas instituições, em especial as religiosas, e de uma esfera privada de pensamento e de crença, embora apenas tolerada”. Não discorda dessa definição WOLKMER, Antonio Carlos (*Ideologia...cit.*, p. 143), para quem uma das marcas do autoritarismo é a ausência de uma ideologia bem elaborada, a ausência de mobilização política intensiva e um líder que exerce o poder, ainda que em moldes mal definidos, mas previsíveis.

²³ FERNANDES, João Batista Ribeiro de A. *História...cit.*, p. 421; FAUSTO, Boris. *O pensamento...cit.*, p. 15.

prevalência do interesse “coletivo” e não do “individual”. São marcas desse período, o fechamento do Congresso Nacional²⁴, a ausência de bases ideológicas bem definidas²⁵, a defesa de uma ordem autoritária, o afeto às tradições, o combate ao liberalismo²⁶ e ao individualismo²⁷ e o pensamento de GETÚLIO VARGAS²⁸, mantendo-se, no entanto, os dois pilares que davam sustentação à economia brasileira da época, a propriedade privada e a livre iniciativa²⁹.

Toda a implantação do Estado Novo, entretanto, não seria possível sem a figura do jurista e ideólogo FRANCISCO CAMPOS. Para MARCO ANTONIO CABRAL DOS SANTOS, “Francisco Campos não figurou simplesmente como ideólogo circunstancial para o Estado Novo. Muito ao contrário, a forma tomada pelo regime em larga medida refletiu seu pensamento político e suas convicções ideológicas”³⁰. Essa síntese já permite, em grande medida, compreender o papel do teórico para a consolidação do Golpe de 1937 e a refundação do ordenamento jurídico à época.

A importância de FRANCISCO CAMPOS foi tamanha que restou incumbida à sua responsabilidade não apenas a elaboração da Constituição de 1937, como ainda do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939), o Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e o Código de Processo Penal, estes dois últimos vigentes até os dias atuais.

²⁴ CIOTOLA, Marcello. *O pensamento...*cit., p. 84; De acordo com CARONE, Edgarg (*O Estado...*cit., p. 172), “o golpe de 10 de novembro fecha à força o Congresso Nacional, mas as medidas legislativas só vão aparecendo com os dias ou meses subsequentes”. Dias após, em 2 de dezembro, Getúlio Vargas edita o Decreto-Lei n.º 37/1937, a qual, dentre outras medidas prevê ficarem “dissolvidos, nesta data, todos os partidos políticos” (art. 1.º). CAMPOS, Francisco (Directrizes do Estado Nacional. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. p. 38) ao tratar do Poder Legislativo, afirmava que “a ausencia de substancia política e de expressão ideologica nas instituições, correspondia, nos partidos, a completa prevenção de conteudos programmaticos, o que os transformava em simples massas de manobra e instrumentos mechanicos de manipulação eleitoral”. Sobre isso, SANTOS, Marco Antonio Cabral dos (*Francisco...*cit., p. 35) sustenta que para o ideólogo varguistas, “na moderna sociedade de massa a democracia apresentava-se como corpo exótico, ultrapassado e obsoleto, dada a morosidade que conferia às decisões políticas, contrastando com a urgência que os novos tempos exigiam”.

²⁵ CARONE, Edgarg. *O Estado...*cit., p. 267; Boris Fausto. *O pensamento...*cit., p. 12.

²⁶ CAMPOS, Francisco. *Directrizes...*cit., p. 61.

²⁷ FAUSTO, Boris. *O pensamento...*cit., p. 15.

²⁸ CIOTOLA, Marcello, ibidem, p. 84.

²⁹ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 33.

³⁰ Idem, ibidem, p. 47.

Em termos ideológicos, seu pensamento pode ser classificado como um dos expoentes do “pensamento nacional autoritário”³¹, como acentuadamente já o fizera o historiador BORIS FAUSTO, ao lado de nomes como FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA VIANA, ANTÔNIO JOSÉ DE AZEVEDO AMARAL e ALBERTO DE SEIXAS MARTINS TORRES³², os quais colaboraram não apenas para a consolidação das correntes de teor autoritário no Brasil como, ainda, o aperfeiçoamento teórico do Estado Novo³³.

É marca do pensamento ideológico defendido por FRANCISCO CAMPOS e adeptos do nacionalista autoritário, a noção de que entre a manutenção da ordem e a necessidade de se assegurar à liberdade, era a primeira é que deveria prevalecer³⁴. Por isso, diversas foram as medidas adotadas visando reprimir quaisquer ideias que fossem contrárias àquelas preconizadas pelo regime, tais como a criação de tribunais especiais, instituídos com o intuito de garantir à segurança nacional, a censura aos meios de comunicação e a prisão daqueles que se opunham ao regime ditatorial do Estado Novo³⁵, inclusive legitimando-se a tortura³⁶, até porque, nos

³¹ FAUSTO, Boris. *O pensamento...*cit., p. 20-38; CIOTOLA, Marcello. *O pensamento...*cit., p. 81; SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 32.

³² SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 47.

³³ CIOTOLA, Marcello. *O pensamento...*cit., p. 85-86. Sobre as diversas posições teóricas do autoritarismo, acentua FAUSTO, Boris (*O pensamento...*cit., p. 45-46) que “quaisquer que fossem as diferenças interpretativas de Amaral, Viana e Francisco Campos, eles tinham uma idêntica avaliação dos tempos em que viviam e propostas idênticas para os problemas brasileiros. Identificam o grande problema do país na obra apenas esboçada da construção nacional. No Brasil existia um povo, mas não uma nação e seu correlato: a identidade nacional. Nenhum deles afirmava em abstrato a superioridade do regime autoritário. A necessidade de tal regime, nos tempos em que viviam, decorria do fato de que o passado histórico brasileiro não gerara uma sociedade solidária e articulada, sendo as fórmulas políticas liberais uma aberração diante desse quadro”. Demais disso, prossegue, “os nacionalistas-autoritários concebiam uma modernização do país de cima para baixo, prescindindo das mobilizações populares, especialmente quando não-controladas”.

³⁴ FAUSTO, Boris. *O pensamento...*cit., p. 47.

³⁵ FAUSTO, Boris. *O pensamento...*cit., p. 47; CARONE, Edgard. *O Estado...*cit., p. 265. Sobre a repressão policial no Estado Novo, aponta o autor que “a face policial do Estado Novo foi aquela que mereceu maiores cuidados, que mais se aprimorou, desdobrando-se em organizações variadas, ostensivas e secretas, que cobriam todas as atividades. Muitas dessas organizações foram conhecidas só depois da derrocada do regime”. Em mesmo sentido, SODRÉ, Nelson Werneck (*História militar do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 402.) aponta que “quartéis foram transformados em locais de tortura, oficiais transformaram-se em carrascos, celas em câmaras de defuntos, com a anuência, ou a conivência, ou a cumplicidade de comandantes de unidades, e com o conhecimento de generais. Assim, minoria de oficiais, que de forma alguma podia ser tomada como representativa das classes armadas e de sua mentalidade, tomara a si a sinistra e suja tarefa de esmagar aqueles que desejavam apenas defender os interesses do país e repelir a intervenção indébita e impatriótica de potência estrangeira. Tais elementos deixaram uma página negra em nossa história militar e representaram a infâmia de que o imperialismo é capaz”.

³⁶ CARONE, Edgard. *O Estado...*cit., p. 266.

dizeres de FRANCISCO CAMPOS, o uso da violência seria o único “instrumento de decisão política”, passando “para o primeiro plano, relegando os processos tradicionais da competição”³⁷.

E para além da edição do Código de Processo Penal de 1941, que será mais à frente explorado, três aspectos ligados à repressão dos subversivos e à manutenção da ordem merecem destaque: a edição da Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936, que criou o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), cuja competência era o julgamento dos crimes praticados contra à segurança externa da República (art. 3.º, 1.º), os crimes contra às instituições militares (art. 3.º, 2.º), inclusive os crimes que, inseridos em seu rol, tivessem sido praticados antes da edição da lei; o Decreto-Lei n.º 88, de 20 de setembro de 1937, que ao alterar a Lei n.º 244/1936, previu em seu art. 20 a regra de que “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” e; o Decreto-Lei n.º 1.915, de 27 de dezembro de 1939, que criou o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), pelo qual uma de suas atribuições era a de “fazer a censura do teatro, do cinema, de funções recreativas e esportivas de qualquer natureza, de radiodifusão, da literatura social e política, e da imprensa” (art. 2.º, “c”).

Seguindo essa mesma previsão ideológica³⁸, a Constituição Federal de 1937 trouxe uma série de dispositivos que tinham como único objetivo aumentar o controle social e diminuir

³⁷ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional e suas diretrizes*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 13.

³⁸ Semelhante contexto histórico é observado na Itália. Para MALINVERNI, Alessandro (*Lineamenti di storia del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 1972. p. 55), ao tratar do fascismo, “questi, sfidano l’opposizione, si assumeva la responsabilità ‘politica, morale e storica dell’accaduto’ ed annunziava la soppressione del regime liberale e la sua trasformazione in regime fascista (1925). Ne furono espressione le leggi che sciolsero i partiti e le organizzazioni sindacali diverse da quella fasciste; soppressero la libertà di stampa, di parola e di riunione; crearono un Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato competente in materia di reati politici; introdussero la pena di morte; diedero facoltà agli organi amministrativi di inviare al confino qualsiasi cittadino senza processo”. Apesar da semelhança, no entanto, CAMPOS, Francisco (Notas e comentários a Constituição de 1937 e sua vigência. *Revista Forense*, v. 103, jul. 1945. p. 171) rejeitava, peremptoriamente, reconhecer na Constituição de 37 qualquer semelhante com o fascismo. Dizia que “está muito em moda acoimar-se de fascista a todo indivíduo ou tôda instituição que não coincide com as nossas opiniões políticas. No tempo em que o comunismo representava *la bête noire*, a moda era inversa. Comunista era todo indivíduo ou a instituição que julgávamos em desacôrdo com as nossas convicções políticas. A ascensão do comunismo e o declínio do fascismo no horizonte político

às liberdades individuais, destacando-se: a designação de GETÚLIO VARGAS como chefe da nação, a possibilidade de intervenção Federal nos Estados, mediante a nomeação de um Interventor pelo Presidente, a possibilidade de edição de decretos-lei pelo Presidente da República enquanto dissolvido o Parlamento, a proibição de o Poder Judiciário julgar questões exclusivamente políticas, o estabelecimento da pena de morte para quem, dentre outras hipóteses, tentasse subverter, por meios violentos, à ordem política e social para o fim de apoderar-se do Estado e estabelecer uma ditadura de classe social ou, então, o homicídio cometido por motivo fútil ou com requintes de perversidade, a limitação dos direitos e garantias individuais às necessidades da defesa, do bem estar, da ordem coletiva e das exigências de segurança do Estado, o fim do direito à greve, a extinção da Justiça Federal, com a consequente aposentadoria compulsória dos juízes, a decretação, em todo o território nacional, de estado de emergência, cuja circunstância autorizava o Presidente a, dentre outras medidas, restringir a liberdade de ir e vir, censurar correspondências e as comunicações, suspender o direito à reunião, autorizar buscas e apreensões em domicílio, estabelecendo-se a vedação de o Poder Judiciário analisar quaisquer dos atos praticados nessas circunstâncias.

Foi de FRANCISCO CAMPOS a frase de que “governar é prender” e a de que “o povo não precisa de governo, precisa é de curatela”³⁹, pontos que bem demonstram a sua visão de mundo, o seu enxergar da sociedade brasileira e o ideal que influiria durante toda a Ditadura de Vargas. Em síntese, pode-se afirmar que o pensamento desse importante ideólogo do Estado Novo foi construído com base na tomada do poder e na supressão de direitos individuais como mecanismos de “salvação nacional”⁴⁰, como ele próprio acentuava.

Após a instalação do Estado Novo e superada à necessidade de instauração de um novo regime político, a retórica de FRANCISCO CAMPOS voltava-se à pitoresca tentativa de

mundial determinaram essa inversão. Basta o exame mais superficial (...), para que qualquer indivíduo, da mais elementar cultura política, verifique que o sistema da Constituição de 1937 nada tem de fascista”.

³⁹ NAVA, Pedro. *Baú de ossos*. 10. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2002. p. 83.

⁴⁰ CAMPOS, Francisco. *Directrizes...cit.*, p. 35.

desfazer qualquer associação que ligasse o regime varguista aos totalitários, sempre defendendo a ideia de que o Estado Novo estaria centralizado e fortalecido na incansável defesa da democracia, afinal era na fragilidade democrática que nasceriam os estados totalitários⁴¹, além da incansável defesa da desnecessidade do legislativo como representante do povo.

Dai ser possível articular o pensamento de FRANCISCO CAMPOS em três pontos⁴²: a noção de que o Poder Legislativo seria um entrave aos interesses do Estado Novo, o que tornava a sua manutenção desnecessária⁴³, a ideia de que a política caberia apenas aos mais capazes⁴⁴, iniciando-se, assim, um verdadeiro processo de despolitização da política e, por último, a necessidade de escolha de um líder para atender aos interesses da massa⁴⁵, o que foi promovido na pessoa de GETÚLIO VARGAS.

O Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado em meio a toda essa orientação político-ideológica, prevalência do pensamento nacionalista autoritário, centralização de Governo, ausência do Legislativo como instrumento de representação popular, prevalência da ordem à liberdade, restrição ao direito à liberdade de expressão, institucionalização da censura, presunção de culpa e a criação do Tribunal de Segurança Nacional desenvolvido para o julgamento de todos aqueles que fossem contra os interesses do Estado Novo.

⁴¹ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 35. Ponto interessante é que, apesar do autoritarismo impregnando na Constituição de 1937, Francisco Campos se negava a taxá-la de antidemocrática. Em determinada passagem afirmou que “a nova Constituição é profundamente democrática. Aliás, a expressão democrática, como todas as expressões que traduzem uma atitude geral diante da vida, não tem um conteúdo definido, ou não conota valores eternos. A expressão ‘democracia’ varia com os tipos de civilização e de cultura” (*Directrizes...*cit., p. 53-54). Conclui, mais à frente, dizendo que “a liberdade individual e as garantias não resolviam o problema do homem” (idem, *ibidem*, p. 54). A alegação, entretanto, não surpreende, até porque como lembra SANTIAGO NETO, José de Assis (*Estado...*cit., p. 67), “não é hábito de ditadores assumir o próprio autoritarismo”.

⁴² SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 39.

⁴³ Para CAMPOS, Francisco (*O Estado...*cit., p. 17) “ao invés de colaborador de governo nacional, o parlamento tendia, cada vez mais, a transformar-se em órgão de inhibição das iniciativas realmente úteis ou proveitosas aos interesses nacionais”.

⁴⁴ De acordo com as ideias de CAMPOS, Francisco (*Estado Nacional*. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. p. 212) “si a política é, por exccellenzia, o dominio da vontade, da decisão e da responsabilidade, a primeira categoria da política, a categoria fundamental, ha de ser a pessoa – a pessoa que decide, o centro de vontade e de responsabilidade, o chefe, o homem que a confiança publica aceita ou designa como encarnação do Estado”.

⁴⁵ “As massas encontram no mytho da personalidade, que é constituído de elementos de sua experiência immediata, um poder de expressão symbolica maior do que nos mythos”, advertia CAMPOS, Francisco (*A política e o nosso tempo*. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. p. 15-16).

Inspirado no fascismo italiano que, à época, havia aprovado uma legislação processual penal conhecida como “Código de Mármore” ou “Código Rocco”⁴⁶, o Código de Processo Penal italiano de 1930 foi elaborado com as diretrizes político-ideológicas semelhante às que viveu o Brasil no curso do Estado Novo⁴⁷. Apresentando-se como “a antítese mais radical da democracia, considerada como forma política superada”, nas palavras de GIUSEPPE BETTIOL⁴⁸, o fascismo preconizava que era o Estado, e não o indivíduo, a quem deveria ser reconhecido um “poder originário e autônomo”⁴⁹. Era marca do regime o controle sobre todas as áreas da vida e, enquanto doutrina totalitária, investir contra os aspectos da vida individual⁵⁰.

Ao ser lançado em 19 de outubro de 1930, o Código de Processo Penal italiano trouxe consigo toda essa ideologia. Por isso previu, em sua exposição de motivos, que os pilares da reforma era o de obter máxima velocidade no processo, compatível com às exigências de justiça, eliminar todas as superfluidades, combater as chicanas, prevenir a degeneração acadêmica e teatral das discussões, aumentar o prestígio e a seriedade da defesa, reprimir a fraude e o destemor processual, impedir recursos infundados, elevar à autoridade do juiz e assegurar que a justiça substantiva prevalecesse sobre à justiça meramente formal.

Ademais, criticando a legislação de 1913⁵¹, apontava a novel legislação a pretensão de equilibrar o direito do Estado de punir o infrator e garantir a liberdade do inocente, o que

⁴⁶ BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil*. São Paulo: RT, 1991. p. 23.

⁴⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 157; PACELLI, Eugênio. *Curso...cit.*, p. 5; AMARAL, Augusto Jobim do. *Política...cit.* p. 133; CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...cit.*, p. 239; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...cit.*, p. 63; BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma...cit.*, p. 23; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: estudos dos sistemas brasileiro, americano e italiano*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 122.

⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 91. Em outra obra, o autor apontava que “evitando, em parte toda preordenada esquematização conceitual, via o Estado como regulador supremo da vida política, social, econômica: uma concepção que – rompido o diafragma entre Estado e cidadão – pretendia enquadrar o indivíduo em determinada posição político-social – para uma realização de atividade no interesse geral” (*Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 42).

⁴⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 91. Cuidava-se, para o autor, da manifestação “duma concepção ‘autoritária’ do Estado que pretendia, a todo a transe, afastar as ideias liberal-democráticas” (idem, *ibidem*, p. 92).

⁵⁰ MALINVERNI, Alessandro. *Lineamenti...cit.*, p. 55-56.

⁵¹ Para BETTIOL, Giuseppe (*Instituições...cit.*, p. 191), a entrada do Código de Processo Penal de 1930 “aconteceu depois de alguns anos de acaloradas discussões em torno de um projecto que introduzia grandes transformações

não teria acontecido na regulamentação processual penal anterior, a qual mais valor concedeu à inocência frente a punição. Acreditava-se, enfim, que com a disciplina mais severa implantada pelo fascismo, a justiça penal melhoraria em alguns anos.

Apesar de toda as motivações delineadas na edição do Código de Processo Penal italiano, as quais, dentre outras razões, acentuava a preocupação em aumentar o prestígio e a seriedade da defesa, a prática mostrava que isso não passava de engodo argumentativo. Havia, isto sim, uma verdadeira disparidade de armas entre o Ministério Público e a defesa, tais como a falta de controle na indisponibilidade da ação penal, onde o *Parquet* tinha a discricionariedade sobre os dados do fato e, sempre que solicitado, atendia aos pedidos do regime fascista, deixando de acusar, inclusive, quando exigido pelo Executivo, o enfraquecimento da posição da defesa do réu na fase instrutória, inviabilizando-se ao acusado qualquer possibilidade de intervir e de se fazer ouvir na instrução formal, a possibilidade de *reformatio in pejus* nos recursos exclusivos da defesa, dentre outras hipóteses⁵².

O Código de Processo Penal brasileiro, cujo desenvolvimento surgiu do trabalho de NARCÉLIO DE QUEIROZ, FLORÊNCIO DE ABREU, CANDIDO MENDES DE OLIVEIRA, VIEIRA BRAGA, ROBERTO LYRA e NELSON HUNGRIA⁵³, sob a supervisão de FRANCISCO CAMPOS e o controle do próprio GETÚLIO VARGAS⁵⁴, trouxe consigo, tal qual o italiano, toda essa

no sistema processual penal do Código Finocchiaro de Abril de 1913, cujo cunho político e científico era devido a Alessandro Stoppato, eminente jurista da escola liberal". Mais à frente, pontua: "o código de processo penal de 1913 – que precedeu o código vigente – foi, pode bem dizer-se uma das mais marcadas e típicas expressões da ideologia política liberal no sector da legislação processual penal. O indivíduo aparecia como centro de todas as considerações, portador de uma esfera de autonomia e de liberdade; o processo penal surgia como um complexo de garantias dirigidas a uma completa e eficaz tutela da própria liberdade individual".

⁵² BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...*cit., p. 246-249.

⁵³ Bem resume as ideias desenvolvidos pela Comissão de Elaboração do Código de 1941, os escritos de HUNGRIA, Nelson (O Direito Penal no Estado Novo. *Revista Forense*, v. 85, fev. 1941. p. 266) que, ao tratar do conflito entre os interesses individuais e coletivos, argumentava que "era preciso implantar-se, de par ou acima da liberdade, o princípio da autoridade (...). Com o advento da Constituição de 37, o Estado deixou de subordinar-se ao indivíduo, para reassumir em tôda a plenitude, o seu *jus imperii*, a sua inabdicável soberania. O ponto de mira do Estado deixou de ser o indivíduo e passou a ser a coletividade".

⁵⁴ Para ABREU, Florêncio de (Princípios informativos do Código de Processo Penal. *Revista Forense*, v. 96, out. 1943. p. 5), "nós, revisores ou elaboradores dos Códigos em apreço, não agimos por mero capricho da nossa vontade; os textos que ajudamos a plasmar e redigir, com a graça de Deus, com a sábia assistência e segura orientação do preclaro professor Francisco Campos, então Ministro da Justiça, e sob a supervisão do eminentíssimo Sr. Getúlio Vargas, Presidente da República, não constituem um conjunto de disposições arbitrárias (...)".

característica intervencionista do Estado, adotando para si o discurso da defesa social⁵⁵, inserindo o juiz em posição de superioridade às partes⁵⁶ e prevalecendo não as garantias individuais, mas o interesse público⁵⁷.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, lançada por FRANCISCO CAMPOS em 1941, consolida as bases do Estado Novo, marcado pelo recrudescimento institucional e a violação das instituições democráticas⁵⁸ e comprova a afirmação de GIUSEPPE BETTIOL, no sentido de que o processo penal é, efetivamente, “um dos índices mais típicos do grau de civilização atingido por um povo na sua caminhada histórica”⁵⁹.

No que toca ao presente estudo, fica claro que o recém editado Código de Processo Penal em nada tratou da presunção de inocência. De forma muito restritiva, admitiu-se o *in dubio pro reo*⁶⁰, concedendo amplos poderes instrutórios aos juízes⁶¹ e estabelecendo-lhes a obrigação de buscar todas fontes de provas antes do reconhecimento da inocência do réu ou a sua absolvição com fundamento no *in dubio pro reo*⁶².

No que diz respeito a prisão, cuidou o Código de Processo Penal de 1941 de instituir uma verdadeira presunção de culpa frente à inocência. Fixou, dessa maneira, a obrigatoriedade da prisão preventiva sempre que a pena cominada ao crime fosse igual ou superior a dez anos⁶³,

⁵⁵ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 65.

⁵⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. op. cit., p. 65; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A *ineficiência...*cit., p. 57.

⁵⁷ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 239.

⁵⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 156.

⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...*cit., p. 195.

⁶⁰ ABREU, Florêncio de. Novos aspectos do processo penal brasileiro. *Revista Forense*, v. 92, nov. 1942. p. 333. Sobre isso, aponta: “como a ‘presunção de inocência’, que em sentido absoluto não passa de um desses aforismos jurídicos como que mumificados, por muito distanciados já do clima político-social que o gerara, a regra – *in dubio pro reo* – foi restringida aos seus razoáveis limites”. O item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 advertiu que “as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que teem sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perde o tempo e a gravidade da justiça. E coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*”.

⁶¹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 65.

⁶² Segundo o item VII da Exposição de Motivos que “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação pena e julgar afinal, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

⁶³ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

dispondo ainda que, mesmo absolvido, o acusado deveria recorrer obrigatoriamente preso, caso a pena prevista ao delito fosse igual ou superior a oito anos⁶⁴.

Em matéria recursal, dispunha-se ainda que o réu somente poderia apelar caso se recolhesse à prisão ou prestasse fiança⁶⁵, considerando deserto o apelo, ademais, sempre que o acusado, depois de condenado, viesse a fugir⁶⁶. Fica, visível, portanto, a concepção do Estado Novo, de tratar o réu como potencial culpado⁶⁷, estabelecendo uma culpabilidade prévia e elegendo um “inimigo” a ser combatido⁶⁸.

Afinal, como previsto na Exposição de Motivos, era necessário um processo penal “aliviado dos excessos de formalismos e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de um rigoroso e expedita aplicação da justiça penal”. Nítida, pois, a relação entre o processo penal e a cultura autoritária brasileira⁶⁹.

É claro que, à época da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, ainda não havia sido promulgada a Constituição Federal de 1988 com seu extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais, notadamente a presunção de inocência. Entretanto, mesmo lançado há quase oitenta anos e promovidas mais quarenta e sete modificações legislativas⁷⁰, inclusive

⁶⁴ Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

⁶⁵ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

⁶⁶ Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

⁶⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso...cit.*, p. 7.

⁶⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 159.

⁶⁹ CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia...cit.*, p. 240.

⁷⁰ As modificações no Código de Processo Penal de 1941 foram promovidas pelas seguintes normas: Decreto-Lei n.º 6.109, de 16 de dezembro de 1943; Lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948; Lei n.º 1.720-B, de 3 de novembro de 1952; Lei n.º 3.181, de 11 de junho de 1957; Lei n.º 3.396, de 2 de junho de 1958; Lei n.º 3.653, de 4 de novembro de 1959; Lei n.º 4.336, de 1.º de junho de 1964; Lei n.º 4.760, de 23 de agosto 1965; Lei n.º 4.893, de 9 de dezembro de 1965; Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966; Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967; Decreto-Lei n.º 504, de 18 de março de 1969; Decreto-Lei n.º 552, de 25 de abril de 1969; Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973; Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977; Lei n.º 7.780, de 22 de junho de 1989; Lei n.º 8.035, de 27 de abril de 1990; Lei n.º 8.658, de 26 de maio de 1993; Lei n.º 8.699, de 27 de agosto de 1993; Lei n.º 8.862, de 28 de março de 1994; Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 ; Lei n.º 9.043, de 9 de maio de 1995; Lei n.º 9.061, de 14 de junho de 1995; Lei n.º 9.113, de 16 de outubro de 1995; Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996; Lei n.º 9.520, de 27 de 11 de 1997; Lei n.º 10.258, de 11 de julho de 2001; Lei n.º 10.628, de 24 de fevereiro de 2002; Lei n.º 10.695, de 1.º de julho de 2003; Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003; Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de

modificando os arts. 312, 594, 595 e 596, o septuagenário Código de Processo Penal ainda mantém firmes marcas do pensamento autoritário⁷¹ do Estado Novo.

Permanece rígida, assim, a ideia de que os direitos individuais devem ser sobrepostos pelo interesse coletivo, tal como já afirmado por FRANCISCO CAMPOS ao defender, junto a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 que “não se pode contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”, algo que, a despeito das dezenas de modificações legislativas, foram incapazes de modificar a estrutura do processo penal brasileiro⁷².

Desse modo, ainda que a prática judicial procure se equacionar firme aos desígnios da Constituição Federal de 1988, fato é que o Código de Processo Penal de 1941 ainda carrega a indelével marca dos ideias do pensamento nacional autoritário, tendo sido elaborado não para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado, mas para servir de instrumento concretizador do poder punitivo estatal⁷³.

1.2 Da inquisitoriedade ao modelo acusatório de processo: o processo penal e a Constituição da República de 1988

A análise histórica do Código de Processo Penal de 1941, permite compreender não apenas as bases da legislação processual penal em vigor, como, ainda, entender o contexto

2005; Lei n.º 11.113, de 13 de maio de 2005; Lei n.º 11.435, de 28 de dezembro de 2006; Lei n.º 11.449, de 15 de janeiro de 2007; Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008; Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008; Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008; Lei n.º 11.900, de 8 de janeiro de 2009; Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011; Lei n.º 12.694, de 24 de julho de 2012; Lei n.º 12.681, de 4 de junho de 2012; Lei n.º 12.736, de 30 de novembro de 2012; Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016; Lei n.º 13.344, de 6 de outubro de 2016; Lei n.º 13.434, de 12 de abril de 2017; Lei n.º 13.721, de 2 de outubro de 2017; e Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018.

⁷¹ Nesse sentido, segundo CASARA, Rubens R. R. (*Mitologia...*cit., p. 239-240), “a permanência do Código de Processo Penal de 1941, criado em período autoritário, mas que sobreviveu às oscilações políticas que levaram o país à democracia, posterior ao Estado Novo de Vargas, à ditadura-civil militar, iniciada em 1964, e novamente à democracia, parece confirmar a natureza autoritária da sociedade brasileira ou, ao menos, a existência de uma cultura inquisitorial, tradição autoritária, presente nessa sociedade e capaz de naturalizar dispositivos e práticas autoritárias”.

⁷² CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 240.

⁷³ ZILLI, Marcos Alexandre. *A iniciativa...*cit., p. 176.

social a que a lei estava envolvida quando de sua elaboração, incluindo os impactos advindos do Governo Vargas que, fundado na suposta defesa do “interesse coletivo”, retirou o indivíduo do centro de atenção, proteção e preocupação do Estado.

Menos de três décadas após o fim do Estado Novo, o Brasil viria a sofrer em 1964, um novo Golpe de Estado, dessa vez comandado e gestacionado pelos militares que, por meio do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril, escrito por FRANCISCO CAMPOS⁷⁴, derrubou o Governo de JOÃO GOULART⁷⁵. O argumento empregado era, sem ignorar a historicidade do período, semelhante ao que legitimou o Golpe de 1937. Dizia o Ato Institucional n.º 1 que, “a revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação”.

Somente em 1988, após a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, é promulgada no Brasil numa nova Constituição. Chamada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ULYSSES GUIMARÃES, como a “Constituição Cidadã”⁷⁶, inaugura-se uma nova fase político-jurídico. Desse modo, reconhece-se, como fundamento da República Federativa do Brasil, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III) e estabelece que o Brasil reger-se-á, em suas relações internacionais por, dentre outros princípios, a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4.º, II)⁷⁷.

Tendo em vista as mudanças advindas com a Constituição de 1988, torna-se imprescindível analisar a possível superação do sistema inquisitorial pelo acusatório de processo, promovendo-se, outrossim, uma reconstrução desses modelos processuais e as implicações dessas categorias junto ao Código de Processo Penal de 1941. Mais do que isso,

⁷⁴ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco...*cit., p. 32.

⁷⁵ CIOTOLA, Marcelo. *O pensamento...*cit., p. 106-107.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 496.

⁷⁷ Sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-94. Segundo a autora, fundamentando-se em Kant, “as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito” (Idem, *ibidem*, p. 81).

interessa conhecer o modelo processual adotado pela Constituição Federal, já que tais elementos estão umbilicalmente ligados a uma série de direitos e garantias individuais⁷⁸, de estatuto constitucional, notadamente o da presunção de inocência.

Do ponto de vista histórico, dois foram os grandes sistemas processuais atravessados pelo processo penal: o acusatório e o inquisitório⁷⁹. O modelo acusatório teve a sua origem nas *quaestiones perpetuae* romanas⁸⁰, a partir da expansão do Estado romano e a implantação de mecanismos que fossem mais eficientes no combate ao crime, notadamente aqueles praticados pelos magistrados provinciais⁸¹, perdurando da República romana até a Idade Média, no século XIII⁸².

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. Os princípios constitucionais da justiça penal. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium Editora, 2001. p. 42; e FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 19. Nesse sentido, THUMS, Gilberto (*Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167) observa que “o sistema processual penal guarda íntima ligação com o modelo constitucional, porque dele é derivado”.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editorial, 1984. v. 1, p. 136; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101; GESU, Cristina di. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23; SOUZA, João Fiorillo de. *A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 60; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 518; JARDIM, Afrânia Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...cit.*, p. 78. Convém assinalar que, conforme defende parte da doutrina, inexiste diferença substancial entre o sistema adversarial, amplamente empregado nos países de *common law* e o modelo acusatório, tradicional em países de *civil law*. Nesse sentido: TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência...cit.*, p. 19-24; AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 195. Para GOLDSTEIN, Abraham S. (Reflections on two models: inquisitorial themes in American criminal procedure. *Stanford Law Review* 26, n. 5, mai. 1974. p. 1016-1017), “American criminal procedure regarded as ‘accusatorial’ and ‘adversary’, with the two terms being treated as virtual equivalents”. Mais à frente, pontua: “This tradition is reflected in the word “accusatorial”, which is a classic procedural that encompasses not only and adversary trial procedure but also other fundamental premises”. Em sentido contrário: PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *Ônus...cit.*, p. 125. GRINOVER, Ada Pellegrini (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 78-79) defende que “acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente”.

⁸⁰ Há quem sustente, no entanto, que as características do sistema acusatório advém não dos romanos, mas dos ingleses. Nesse sentido, aponta POLI, Camilin Marcie de (*Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 110), que “o sistema acusatório, na forma como é estudado hoje, surgiu na Inglaterra, no século XI, após a invasão e conquista de Guilherme, Duque da Normandia, em 1066. Todavia, foi no reinado de Henrique II (1154-1189) que se deu a construção desse novo sistema processual”. Em mesmo sentido: FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...cit.*, p. 29; AMARAL, Augusto Jobim do. *Política...cit.*, p. 162.

⁸¹ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais* 842/413-436, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2005.p. 415; TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 69-70.

⁸² MAIER, Julio B. J. *Derecho...cit.* p. 446; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...cit.*, p. 37.

São elementos caracterizadores do sistema acusatório a oralidade, a publicidade e o contraditório entre as partes⁸³, havendo a formação de um autêntico *actum trium personarum*, com a efetiva separação entre as funções de julgar, acusar e defender⁸⁴. O sistema probatório era o da íntima convicção⁸⁵, cabendo aos jurados avaliarem as provas apresentadas no julgamento. Após os debates e a apresentação das provas, os jurados tinham a possibilidade de absolver ou condenar o acusado, ou ainda, de declarar o *non liquet*, reabrindo-se a instrução⁸⁶. A tortura raramente era utilizada⁸⁷ e, excepcionalmente, admitia-se o duplo grau de jurisdição⁸⁸.

O acusado era tratado como sujeito de direitos⁸⁹ e encontrava-se em pé de igualdade com a acusação⁹⁰. Quanto à presunção de inocência⁹¹, a regra era a manutenção liberdade do

⁸³ MASSA, Carlo. Aspetti della reforma del processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, jul.-set. 1963. v. 6, n. 3, p. 733; CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1, p. 314; TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 471; CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Milano: Carlo Brigola, 1882. p. 209-210. GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Comentário ao código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editorial, 1932. v. 1, p. 17. p. 64; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa*...cit., p. 78; TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos*...cit., p. 151; Idem. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 68; LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1956. p. 10; MARQUES, José Frederico. *Elementos*...cit., v. 1, p. 63; e FERRAJOLI, Luigi. *Direito*...cit., p. 518. Há que se ter, no entanto, um certo cuidado com a ideia de que tais características são elementos caracterizadores do modelo acusatório. Segundo TORNAGHI, Hélio (*Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, p. 200), “historicamente a forma acusatória apareceu acompanhada da oralidade e da publicidade, enquanto que a forma inquisitória apareceu acompanhada do sigilo e da escritura. Mas isso não significa que essas formas secundárias sejam necessárias àquelas principais”.

⁸⁴ ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. v. 1, p. 68. LEONE, Giovanni. *Lineamenti*...cit., p. 10; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens*...cit.. p. 417; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão*...cit., p. 29; TORNAGHI, Hélio. *Instituições*...cit., v. 1, p. 200; TONINI, Paolo. *A prova*...cit., p. 17; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado*...cit., p. 85; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas*...cit., p. 129; FERRAJOLI, Luigi. *Direito*...cit., p. 518; PIERANGELI, José Henrique. *Processo*...cit., p. 96-97.

⁸⁵ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens*...cit., p. 419; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa*...cit., p. 39.

⁸⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução*...cit. p. 69; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens*...cit.. p. 419; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Comentário*...cit., p. 17.

⁸⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1951. t. 1, p. 8. SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens*...cit.. p. 419.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos*...cit., p. 156; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens*...cit., p. 420.

⁸⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa*...cit., p. 38; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 98; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁹⁰ LEONE, Giovanni. *Lineamenti*...cit., p. 10; FERRAJOLI, Luigi. *Direito*...cit., p. 518; CARRARA, Francesco. *Programa*...cit., v. 1, p. 314. Segundo MARQUES, José Frederico (*Elementos*...cit., v. 1, p. 64), “no sistema acusatório, o autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, – tal como consagra o direito brasileiro”.

⁹¹ É evidente que à época do Império Romano inexistia a moderna noção de presunção de inocência, tal qual a conhecemos hoje; entretanto, não há como negar que este era o germen para a sua definição, o qual se consolidaria com a Revolução Francesa. Nesse sentido, cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção*...cit., p. 39.

acusado, decretando-se a prisão provisória apenas em casos graves⁹² e permitindo-se, outrossim, que pessoas idôneas abonassem a conduta do acusado, livrando-o do cárcere⁹³. Em casos de dúvida ou empate na votação, o acusado era absolvido⁹⁴. O juiz, por sua vez, não possuía qualquer poder instrutório, cabendo inteiramente as partes a produção das provas e a acusação o ônus probatório⁹⁵.

Em contraposição e em razão das alterações ocorridas na sociedade da época⁹⁶ e da implantação de estados absolutistas centralizadores⁹⁷, ressurge na Idade Média, entre os séculos XII e XIII, durante o papado de Inocêncio III (1198-1216)⁹⁸, o sistema inquisitorial. Inicialmente previsto sob três formas, o procedimento criminal podia ser iniciado por três procedimentos diversos: *per accusationem*, *per denuntiationem* e *per inquisitonem*⁹⁹. Inobstante os diversos modelos, foi a último que acabou propagado e difundido pela Europa¹⁰⁰.

⁹² BARROS, Romeu Pires de Campos. *Da prisão preventiva compulsória*. Goiânia: 1957. p. 83; MALTA, Tostes. *Da prisão preventiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 51. SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.* p. 418; BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 315; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...cit.*, p. 68; GIOVANNI Leone. *Lineamenti...cit.*, p. 10; CARRARA, Francesco. *Programa...cit.*, v. 1, p. 314; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...cit.*, p 130.

⁹³ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 418; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...cit.* p. 68.

⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 104; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 420; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...cit.*, p. 68.

⁹⁵ UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaelo Cortina, 2000. p. 1; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 420; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...cit.*, p. 30; BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 315; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Comentário...cit.*, p. 17; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...cit.*, p. 10; CARRARA, Francesco. *Programa...cit.*, v. 1, p. 314. Em sentido contrário, PIERANGELI, José Henrique (*Processo...cit.*, p. 96) assinala que “a adoção do procedimento acusatório não exclui o poder inquisitório do juiz, que continua amplo na busca da verdade material”.

⁹⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...cit.*, p. 42. Para POLI, Camilin Marcie de (*Sistemas...cit.*, p 130), “o sistema inquisitório, na forma como é estudado hoje, (...) foi criado e instituído como resposta defensiva à evolução daquilo que se convencionou chamar de doutrinas heréticas”.

⁹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...cit.*, p. 39; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...cit.*, p. 88; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...cit.*, p. 33.

⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: _____. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo...cit.*, v. 1, p. 107; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 421; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...cit.*, p. 79; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...cit.*, p. 75; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...cit.*, p. 21. Quanto ao desenvolvimento histórico do sistema inquisitório, vale a observação de GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21) no sentido de que “conquanto não constituísse propriamente uma novidade, dados os seus conhecidos antecedentes greco-romanos, o método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesiásticas, diante da necessidade de repressão da heresia”.

⁹⁹ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 422.

¹⁰⁰ CARRARA, Francesco. *Programa...cit.*, v. 2, p. 317; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...cit.*, p. 422.

Esse sistema, com bases absolutamente distintas das do modelo acusatório, apresentava características próprias. As funções de acusar, defender e julgar encontravam-se traçadas em uma única pessoa¹⁰¹, que assumia a função de juiz-acusador, o inquisidor. Inexistia contraditório¹⁰² e o processo era secreto e escrito¹⁰³, em geral instaurado de ofício¹⁰⁴. O juiz possui amplos poderes instrutórios e absoluta liberdade na escolha das provas¹⁰⁵, sendo, senão nula, praticamente inviabilizada a contribuição do acusado na instrução¹⁰⁶. Institui-se um sistema de valoração legal da prova¹⁰⁷ e a tortura foi amplamente empregada como meio de

¹⁰¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos...*cit., v. 1, p. 62-63; BETTIOL, Giusepe. *Instituições...*cit., p. 211; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 109; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 21; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...*cit., p. 40; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; GESU, Cristina di. *Prova...*cit., p. 32; TONINI, Paolo. *A prova...*cit., p. 16; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 23; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64; TORNAGHI, Hélio. *Instituições...*cit., v. 3, p. 475; MAIER, Julio B. *Derecho...*cit., t. 1, p. 447.

¹⁰² SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 109; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 88; ROSA, Inocencio Borges da. *Processo...*cit., v. 1, p. 68; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Código...*cit., v. 1, p. 18;

¹⁰³ SAMPAIO, Daniel. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela da liberdade no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 111; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 10; CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi...*cit., p. 214; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 33; BETTIOL, Giusepe. *Instituições...*cit., p. 211; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 109; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 20; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 518; ROSA, Inocencio Borges da. *Processo...*cit., v. 1, p. 68; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Código...*cit., v. 1, p. 18; CARRARA, Francesco. *Programa...*cit., v. 2, p. 317; MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., t. 1, p. 51.

¹⁰⁴ LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 10; CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi...*cit., p. 214; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 109; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 21; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela...*cit., p. 111; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 88; ROSA, Inocencio Borges da. *Processo...*cit., v. 1, p. 68; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Código...*cit., v. 1, p. 18.

¹⁰⁵ CARRARA, Francesco. *Programa...*cit., v. 2, p. 317; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 10; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 518; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela...*cit., p. 111; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; TONINI, Paolo. *A prova...*cit., p. 16; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 25; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64. Isso se dava sobretudo porque, como lembra SAMPAIO, Daniel (*A verdade...*cit., p. 115) não havia a “possibilidade de o juiz se contentar com verdade (ficta) produzida apenas pelas partes”.

¹⁰⁶ PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 50; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 7. ed. Torino: Giappichelli, 2010. p. 5; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 88.

¹⁰⁷ BETTIOL, Giusepe. *Instituições...*cit., p. 211; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit., p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 109; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 21; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...*cit., p. 40; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Código...*cit., v. 1, p. 18. Sobre esse tema, é interessante notar que, conforme aponta GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Direito...*cit., p. 23), a prova legal seria um mecanismo “garantista, pois, no dizer de Romagnosi, tratava-se de um corretivo do sistema inquisitório para um mal maior, isto é, o arbítrio indefinido do convencimento”.

obtenção da confissão, afinal, era considerada a rainha das provas¹⁰⁸. Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, “a finalidade do processo, na época, pareceria ser não mais o esclarecimento da verdade, mas sim o reconhecimento da responsabilidade do réu”¹⁰⁹.

Em relação ao acusado, torna este um mero objeto da persecução, encontrando-se em inegável condição de desigualdade perante o acusador¹¹⁰. A defesa do réu não passava de objeto cênico, senão inexistente¹¹¹. Com relação à presunção de inocência, prevalecia a ideia da indispensabilidade da prisão provisória¹¹² e, em caso de dúvida quanto à culpabilidade do acusado, este era sentenciado como se culpado fosse¹¹³, consolidando, portanto, uma espécie

¹⁰⁸ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.p. 122-128; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 33; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit.. p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 102-103; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 28; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; Faria, André. *Os poderes...*cit., p. 21; PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa...*cit., p. 37; GESU, Cristina di. *Prova...*cit., p. 32-33; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 88; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64; GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Código...*cit., v. 1, p. 18; MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., t. 1, p. 58-59; Hélio Tornaghi. *Instituições...*cit., v. 3, p. 475. Sobre a utilização da tortura, VERRI, Pietro (*Observações sobre a tortura*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 80) registrou, ainda no século XIII: “Qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o desejo de que a dor pare. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e o torturado inocente, tal como o culpado, é igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido”.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 35.

¹¹⁰ CONSO, Giovanni. *Instituzioni di diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1969. p. 8-9; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 10; BETTIOL, Giusepe. *Instituições...*cit., p. 211; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit.. p. 419; POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas...*cit., p. 190; PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa...*cit., p. 37; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 21; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 518; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela...*cit., p. 111; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa...*cit., p. 40; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 42; GESU, Cristina di. *Prova...*cit., p. 32; MAIER, Julio B. *Derecho...*cit., t. 1, p. 447.

¹¹¹ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit.. p. 419; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela...*cit., p. 111; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 88; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 24. Afinal, como denuncia GESU, Cristina di (*Prova...*cit., p. 32), “o papel do advogado não era o de defender o imputado. Ao contrário, deveria agilizar a condenação”.

¹¹² PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto...*cit., p. 50; LOZZI, Gilberto. *Lezioni...*cit., p. 5; CONSO, Giovanni. *Instituzioni...*cit., p. 9; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 10; CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi...*cit., p. 215; SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit.. p. 419; BARROS, Romeu Pires de Campos. *Da prisão...*cit., p. 85. Em sentido contrário, defendia MANZINI, Vincenzo (*Tratado...*cit., t. 1, p. 58-59) que “el instituto de la custodia preventiva no tenía una disciplina fija, sino que se dejaba al arbitrio del juez, quien procedía según la calidad de las personas, la gravedad del delito, etc. Sin embargo, se admitía como regla que nadie pudiera ser arrestado si no constaba antes objetivamente del delito; y esto, bajo pena de nulidad de todo el juicio. (...) Admitíase la libertad provisional fuera de los casos expresamente exceptuados (imputados confesos o sorprendidos en flagrancia; reos de crímenes públicos e notorios, o de lesa majestad, o de otros delitos graves; bandidos)”.

¹¹³ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. *Origens...*cit.. p. 419; CARRARA, Francesco. *Programa...*cit., v. 2, p. 317. Sobre o tema, observa SAMPAIO, Daniel (*A verdade...*cit., p. 116) que “a conjugação da força para se chegar a

de presunção de culpa, já inerente ao sistema inquisitivo¹¹⁴. Raramente era admitida a apreciação do caso por uma instância revisora¹¹⁵.

Esse sistema processual somente veio a sofrer significativas alterações a partir do século XIII, quando se alastrou por toda a Europa, mediante a codificação napoleônica inaugurada com o Código de Instrução Criminal francês, de 1808, o procedimento misto ou eclético, que fundia elementos tanto do sistema acusatório, quanto do inquisitório¹¹⁶, que dividia-se em duas fases, a de instrução preliminar, reunindo características do sistema inquisitivo e, a fase de julgamento, predominando elementos do sistema acusatório¹¹⁷.

uma decisão condenatória retrata a característica indelével desse modo inquisitório, até porque a presunção de culpabilidade, daqueles que respondiam pela suposta prática de um delito era a regra”.

¹¹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 52. Sobre o tema, ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de (*O processo...*cit., v. 1, p. 228) assenta que, enquanto “o sistema acusatório, subordinando-se ao método sintético, afirma o fato e, enquanto não o prova, o acusado é presumido inocente”, no “sistema inquisitório, subordinando-se ao método analítico, não se afirma o fato, supõe a uma possibilidade e probabilidade, presume um culpado, busca e colige os indícios e as provas”.

¹¹⁵ SAAD, Marta; MALAN, Diogo. op. cit., p. 419.

¹¹⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho...*cit., t. 1, p. 494; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...*cit., v. 1, p. 228; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...*cit., p. 79; TORNAGHI, Hélio. *Instituições...*cit., v. 3, p. 480; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo...*cit., v. 1, p. 111. Do ponto de epistemológico, é necessário se atentar as críticas de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (*Sistema...*cit., p. 6), para quem “um sistema processual misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros. E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção de sistema não comporta algo do gênero”. Isso significa que, para além da clássica separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como critério definidor do sistema acusatório, é ainda necessário o reconhecimento de um princípio identificador que caracterize os dois sistemas, exsurgindo dessa conclusão a gestão probatória como elemento caracterizador dos modelos inquisitório e acusatório. Nesse sentido: BARROS, Antonio Milton de. *Processo penal segundo o sistema acusatório*: os limites da atividade instrutória judicial. São Paulo: Editora de Direito, 2002. p. 122; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 97; FARIA, André. *Os poderes...*cit., p. 94; SAMPAIO, Daniel. *A verdade...*cit., p. 133; THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 238; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 169-170; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência...*cit., p. 22-23; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...*cit., p. 9. Na doutrina italiana: MARAFIOTI, Luca. L’art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all’imparzialità del giudice dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, n. 36, 1993. p. 845; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 518-522; CORDERO, Franco. *La riforma...*cit., p. 715; AMODIO, Ennio. *Processo...*cit., p. 198-199. Parte da doutrina, entretanto, rejeita a afirmação de que a gestão da prova seria um elemento caracterizado dos sistemas processuais. Nesse sentido, ANDRADE, Mauro Fonseca de (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 202), por exemplo, argumenta que a passividade judicial e, portanto, a gestão das provas, não é marco caracterizador do sistema acusatório. Essa posição também é defendida por GRINOVER, Ada Pellegrini (*A iniciativa...*cit., p. 78), para quem “os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados”. Compartilhando igual posição: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 89, Idem, *Ônus...*cit., p. 154; e GRECO FILHO, VICENTE. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual...*cit., p. 70.

Especificamente em relação ao processo penal brasileiro, enquanto alguns autores se posicionavam no sentido de que o modelo adotado seria o misto, tendo em vista a apuração do fato e da autoria serem procedidas mediante o inquérito policial, enquanto a instrução e o julgamento da ação penal seriam sucedidas mediante um processo judicial, ambos previstos no Código de Processo Penal de 1941¹¹⁸, houve também quem se posicionasse no sentido de que nossa legislação, seja constitucional ou infraconstitucional, não fez escolha por nenhum dos sistemas, estando o Brasil numa situação de indefinição¹¹⁹.

De nossa parte, entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrou-se, definitivamente, o sistema acusatório de processo¹²⁰, ainda que de forma implícita¹²¹. Para tanto, reconheceu-se um extenso rol de direitos e garantias individuais (título II), tais como a inafastabilidade e o acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXX), o direito a um juiz natural (art. 5.º, XXXVII), o devido processo legal (art. 5.º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art. 5.º, LV), a vedação às provas ilícitas (art. 5.º, LVI), o direito ao silêncio e à

¹¹⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições...*cit., v. 3, p. 480; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual...*cit., p. 70; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução...*cit., p. 79. Anos após, no entanto, TUCCI, Rogério Lauria (*Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático)). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 180) reviu esse posicionamento, passando a defender que “o moderno processo penal delineia-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento na segunda fase da persecução penal, acusatório”. Em sentido contrário, MARQUES, José Frederico (*Estudos...*cit., v. 1, p. 66), aduz que “pode, porém, haver sistema acusatório, independente daqueles outros princípios, como, por exemplo, no direito brasileiro, onde imperam, de par com a acusatoriedade, as regras do processo escrito e do julgamento pela justiça profissionais, como regra, e pelo Júri, como exceção”.

¹¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca de. *Sistemas...*cit., p. 471.

¹²⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. Procedimento de ofício. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; (Orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 93; GRINOVER, Ada Pellegrini. Pareceres. In: _____. *O processo em marcha*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 42; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 59; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso...*cit., p. 16; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 115; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo...*cit., v. 3, p. 118; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 39; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. *Teoria...*cit., p. 64; JARDIM, Afrânia Silva. *Direito...*cit., p. 47; BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus...*cit., p. 149; BARROS, Antonio de Milton. *Processo...*cit., p. 168. Essa é também a posição do STF, que já se manifestou no sentido de que: “a separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB)” (STF, ADI 4.414/AL, Plenário, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31/05/2012). Em sentido contrário, defendendo que o modelo atual é misto, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 129; Faria, André. *Os poderes...*cit., p. 36; p. 10; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...*cit., p. 11. Há quem sustente, entretanto, que o sistema processual brasileiro mantém-se inquisitorial. Em mesmo sentido: THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 264.

¹²¹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 115; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 38-39.

assistência de um defensor (art. 5.º, LXIII), a presunção de inocência (art. 5.º, LVIII), a publicidade do processo (art. 5.º, LX) e das decisões judiciais (art. 93, IX) e a limitação da prisão apenas nos casos de flagrante delito por ordem de autoridade judicial competente (art. 5.º, LXI)¹²².

Em consequência a essa remodelação, dezenas de dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 tornaram-se abrogados, notadamente os procedimentos de ofício que, segundo MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, trazia “a posição incômoda do Juiz que acumulava as funções de acusar e julgar”, circunstância a impor “sempre a condenação da doutrina e dos próprios julgadores, constrangidos que ficavam nessa posição”¹²³.

Dante desse contexto, torna-se indispensável a declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção de todas as previsões constantes no Código de Processo Penal que estejam em desacordo com o modelo processual adotado pela Constituição Federal, o qual, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, deve ser visto como um processo de partes¹²⁴, existindo uma verdadeira incompatibilidade psicológica entre o cargo de juiz e o ofício de buscar os elementos de defesa das partes¹²⁵.

¹²² Há quem sustente, entretanto, configurar o sistema processual adotado pela Constituição Federal de 1988 não um modelo acusatório, mas “um modelo processual garantista”. Nesse sentido, THUMS, Gilberto (*Sistemas...cit.*, p. 165) aponta que “isto se deve ao fato de que não existe na legislação infraconstitucional um comprometimento com a ideia de sistema processual. Caso fosse adotado expressamente o sistema acusatório, estaria derrogada grande parte das normas processuais em vigor e não mais seria possível editar leis materiais mescladas com normas processuais esparsas, estabelecendo regras particulares conforme os crimes do momento”. Essa ideia é, contudo, rejeitada por SANTIAGO NETO, José de Assis (op. cit., p. 116) que, sobre o tema, argumenta: “o legislador constituinte preocupou-se em tentar separar as tarefas de julgar, acusar e defender, principal marca do processo acusatório, adotando, dessa forma, o procedimento acusatório, embora de forma tácita”. Para TENÓRIO, Rodrigo Antonio (*A ineficiência...cit.*, p. 25), “ao reconstruir o processo penal brasileiro, a Constituição de 1988 rompe com uma longa tradição inquisitorial”.

¹²³ SILVA, Marco Antonio Marques da. op. cit., p. 110.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Pareceres...cit.*, 348; Marques, José Frederico. *Os princípios...cit.*, p. 44.

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: _____. *Nuovi saggi di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1912. p. 61. Para BUSATO, Paulo César (De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 113), “é justamente este afastamento, esta isenção, que permite o real controle sobre a realização das provas pertencentes às partes, pois somente uma prudente distância dos interesses debatidos na causa permite que o juiz exerça sua função de garantir os direitos fundamentais do acusado”. GESU, Cristina di (*Prova...cit.*, p. 40) argumenta ser “elementar que o sistema acusatório, informado pelo princípio dispositivo, exige um juiz expectador e não um juiz ator, em posição de alheamento, de *terzietà*, como referem os italianos, com o

Todos os elementos normativos previstos no Código de Processo Penal que estejam fora do modelo acusatório e do papel incumbido as partes na cena processual merecem, pois, releitura. Assim, por exemplo, a possibilidade de instauração de inquérito policial por meio de requisição do juiz (art. 5.º, II; art. 211, CPP), a discordância do órgão judicante quanto ao pedido de arquivamento de inquérito (art. 28, CPP) ou a negativa de absolvição quando o Ministério Público assim requer (art. 385, CPP), bem como a possibilidade de decretação de busca e apreensão (art. 242, CPP) ou a produção de provas sem pedido expresso das partes (art. 156, I e II; art. 209; art. 234, CPP) merecem ser reinterpretados conforme a Constituição ou, se necessário, declarados inconstitucionais, já que consagram em si a sina da inquisitorialidade.

Do mesmo modo, e em ponto que sensivelmente toca ao presente estudo, a possibilidade de decretação de medidas cautelares ou de prisão preventiva de ofício pelo magistrado, inclusive na fase da investigação (art. 282, § 2.º; art. 310; art. 311, CPP), igualmente merecem uma releitura, sob pena de flagrante afronta à Constituição e violação ao sistema acusatório. A presunção de inocência, um dos elementos do sistema acusatório, implica no reconhecimento da prisão não só em situações claramente definidas, como, ainda, enquanto medida de *ultima ratio*.

O processo penal acusatório, tal qual reconhecido na Constituição, constitui, enfim, expressão que traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado por meio do procedimento formalmente previsto na lei¹²⁶, respeitando-se o paralelismo entre a disciplina processual e o regime constitucional no qual o processo se desenvolve¹²⁷. Tendo em vista a vigência de um Código de Processo Penal editado em um regime ditatorial, é necessário que se mude os espíritos a fim de acompanhar os ares democráticos implantados com a Constituição de 1988,

intuito de não quebrar a imparcialidade, favorecendo uma parte e prejudicando a outra, bem como fulminando o contraditório". Em mesmo sentido: JARDIM, Afrânio Silva (*Direito...*cit., p. 45.

¹²⁶ MARQUES, José Frederico. *Os princípios...*cit., p. 45.

¹²⁷ CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1, p. 681.

até porque somente com a percepção do preço da conquista democrática, é que se poderá valorizá-la¹²⁸.

1.3 A crise da teoria das fontes e o processo penal: a constitucionalização da lei ordinária e a “ordinarização” da Constituição Federal

Em texto do início da República Velha (1889-1930), JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR sustentou a ideia de que o processo estaria ligado ao direito constitucional, servindo, segundo ele, “não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos”¹²⁹. Tal ideia, antes mesmo da constitucionalização do processo, antecipava a compreensão da indispensável relação entre o direito constitucional e o direito processual¹³⁰.

Anos após, o jusfilósofo austríaco HANS KELSEN passou a defender e consolidar a ideia da Constituição como “normal fundamental”, critério pelo qual a atividade legiferante seria exercida, bem como fundamento de validade das normas. Consolidava-se, também, a ideia de que a ordem jurídica seria, não um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, mas um sistema escalonado, cuja criação e validade da lei encontraria limites na própria Constituição¹³¹.

Não por outra razão, sustenta-se hoje a ideia de que o direito processual penal seria um “verdadeiro direito constitucional aplicado”, tal qual consagrado por JORGE FIGUEIREDO

¹²⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...cit.*, p. 129.

¹²⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 7, 1899. p. 120. Em outra obra (*O processo...cit.*, p. 12), lembrava o autor que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 1.

¹³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 246-249. Não se ignora, entretanto, que do ponto de vista histórico, o constitucionalismo moderno encontra suas bases nas revoluções americanas e francesas do século XVII, ocasião em que com a convergência entre os pensamentos jusnaturalista e a necessidade de positivação de direitos, deu-se início a produção de normas fundamentais que estabelecia um rol de direitos indisponíveis a vida do ser humano e na tutela de direitos fundamentais. Nesse sentido: PRADO, Geraldo. *Sistema...*, cit., p. 11-12; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 45-62; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 36-41.

DIAS¹³², de tal modo que a tutela constitucional do processo implicaria não apenas na conformação dos institutos de direito processual às normas e princípios que emanam da ordem constitucional¹³³, mas ainda de que os dispositivos constitucionais relacionados diretamente no processo, seriam não diretrizes¹³⁴, mas imposições dirigidas ao intérprete e ao legislador¹³⁵.

Em se tratando do Brasil, inobstante a Constituição Federal de 1988 ter sido elaborado com o mais democrático dos espíritos¹³⁶, a história brasileira mostra que a inexpressiva participação popular e a existência de um país com contradições políticas, econômicas e sociais consideráveis¹³⁷, ainda não permitiram a implementação e a consolidação de uma cultura que, efetivamente, garantisse não só direitos constitucionalmente consagrados como, também, uma cultura democrática e de respeito aos direitos fundamentais¹³⁸.

Todo esse contexto revela que, apesar de a Constituição estar, indiscutivelmente, no topo da pirâmide hierárquico-normativa, há um inequívoco distanciamento entre ela e a realidade social, ou seja, um descompasso entre as ideias e a realidade no Brasil¹³⁹. Isso reflete, segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, no fato de os intérpretes brasileiros terem “todos

¹³² DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito...cit.*, p. 74. Essa posição, sobreleva dizer, também é reconhecida na doutrina italiana. Segundo BETTIOL, Giuseppe (*Instituições...cit.*, p. 249), “as relações entre os direitos processual penal e constitucional são, em alguns aspectos, relações de identidade, pelo facto de estar em jogo a liberdade individual em cuja tutela ambos os sectores do ordenamento jurídico se empenham, como resposta a uma vocação comum. Um código de processo penal que não enraíze racional, política e juridicamente nas disposições duma Constituição que ‘reconhece e garante os direitos invioláveis do homem’ (...), fica exposto a todas as possibilidades de reforma, ao ritmo das sucessões das posições de maiores político-parlamentares ocasionais”.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27; SILVA, Marco Antonio Marques da. *A efetividade...cit.*, p. 127.

¹³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 22-23.

¹³⁵ Por isso a observação de SILVA, Marco Antonio Marques da (Dignidade humana e globalização. In: _____. (Coord.). *A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 105), no sentido de que “a lei não pode ser concebida como produto do arbítrio, mas de uma vontade geral encaminhada diretamente a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos”. Em mesmo sentido e do mesmo autor, cf. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; _____. (Coord.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 230; *Juizados Especiais Criminais*. 1995. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 10.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...cit.*, p. 492-493.

¹³⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso...cit.*, p. 81.

¹³⁸ PRADO, Geraldo. *Sistemas...cit.*, p. 45.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____. ; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013. p. 47.

em comum assinalar o paradoxo da normatividade do poder sem uma teoria real do poder”, extraindo-se daí o que ele chama de duas culturas: uma, a do povo e, a outra, europeia e estadunidense, que dá as ideias, as diretrizes, os paradigmas e os critérios de julgamento¹⁴⁰.

Foi em vista desse fenômeno, qual seja, a ausência entre realidade e efetividade, que MARCELO DA COSTA PINTO NEVES cunhou a expressão de “constitucionalização simbólica”, designando o fato de a atividade constituinte e a emissão do texto constitucional não seguirem “uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional”¹⁴¹. A consequência desse simbolismo acaba por implicar num deliberado descumprimento dos mandamentos constitucionais que, ocasionado pela ausência de efetivação da Constituição, aumenta ainda mais o distanciamento entre a teoria e a prática constitucional¹⁴².

É necessário, no entanto, uma revalorização do texto constitucional. Se é verdade que a Constituição da República não é a panaceia de todos os males, é igualmente verdadeiro que as condições necessárias para a prática dos atos da cidadania somente podem ser realizadas por meio dela¹⁴³. E especialmente no processo penal, onde a liberdade individual é expressada como um valor absoluto e inviolável¹⁴⁴, torna-se imperativo um compromisso dos atores jurídicos em torno da sua efetivação¹⁴⁵.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos...*cit., p. 47.

¹⁴¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 96; Idem. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alii. *Comentários...*cit., p. 67.

¹⁴² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Constitucionalização...*cit., p. 72. Sobre isso, denuncia o autor que “à constitucionalização simbólica, embora relevante no jogo político, não se segue, principalmente na estrutura exclutente da sociedade brasileira, ‘lealdade das massas’, que pressuporia um Estado de bem-estar eficiente. À medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do diploma constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. A inconsistência da ‘ordem constitucional’ desgasta o próprio discursos constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Desmascarada a farsa constitucionalista, segue-se o cinismo das elites e a apatia do público. Tal situação pode levar à estagnação política. É possível que, como reação, recorra-se ao ‘realismo constitucional’ ou ‘idealismo objetivo’, em contraposição ao ‘idealismo utópico’”.

¹⁴³ ABOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 102, v. 938, dez. 2013. p. 47.

¹⁴⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...*cit., p. 251.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25. Em mesmo sentido, SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo (Os desafios do direito

Acompanhando as opções políticas do constituinte e as ideologias traçadas através do paradigma constitucional, o processo constitui-se em uma espécie de espelho e salvaguarda dos direitos individuais consagrados pela Constituição¹⁴⁶, impondo-se uma releitura de todo o ordenamento infraconstitucional e, sobretudo, da própria lei processual, de modo a consagrarse o princípio da supremacia da Constituição ou da força normativa da Constituição¹⁴⁷.

No que toca ao presente trabalho, o problema da teoria das fontes¹⁴⁸ reside justamente nessa difícil assimilação entre as normas infraconstitucionais e as imposições trazidas com a promulgação da Constituição da República, algo que bem pode ser sintetizado na ideia de LENIO LUIZ STRECK, para quem há uma cultura de “fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias”, ou seja, “continuarmos a olhar o novo com os olhos do velho”¹⁴⁹.

constitucional brasileiro: continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Orgs.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 560) demonstra preocupação entre a realidade da Constituição e a prática. Segundo ele, “a contradição entre a Constituição Formal e Material, ou entre a normatividade constitucional e realidade, sempre nos atormentou”. Apesar disso, aponta ser “preciso valorizar o caráter normativo da constituição, assegurando aos seus preceitos eficácia jurídica e social”.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*cit., p. 33.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 64; Idem. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296-297; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. Constituição da República Portuguesa anotada. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1, p. 36-37; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226. Aliás, de acordo com CANOTILHO, José Joaquim Gomes (*Direito...*cit., p. 693), “na qualidade de norma primária sobre a produção jurídica a Constituição tem três importantes funções: (1) identifica as fontes de direito do ordenamento jurídico (...); (2) estabelece os critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determina a competência das entidades que revelam normas de direito positivo”. Essas características são também reproduzidas por DINIZ, Maria Helena (*Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 12-13), para quem “é da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. (...) A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas”, ou seja, “as normas constitucionais são supremas, a elas todas devem adequar-se”. Na doutrina estrangeira: CUÉLLAR, Jaime Bernal; LYNETT, Eduardo Montealegre. *El processo penal: fundamentos constitucionales y teoria general*. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 348-349.

¹⁴⁸ Em termos objetivo, o significado de “teoria das fontes” está atrelado a ideia das fontes do direito. De acordo com DINIZ, Maria Helena (Fontes do Direito. In: CAMPILONGO, Carlos Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Encyclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 1, p. 2), as fontes do direito, para além da origem primária do direito, representa, também, o “fundamento de validade da ordem jurídica”. Sobre o tema, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*cit., p. 693.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*cit., p. 17.

Constituindo-se o processo penal como instrumento de aplicação do direito material, os diversos princípios penais acabam avultando em importância, já que passa ele a ter o objetivo de proteção do direito a liberdade do indivíduo¹⁵⁰. Esse fato acaba implicando numa indispensável releitura de todo o Código de Processo Penal de 1941 que, forjado num período histórico autoritário, ainda é lido como se estivesse acima da própria Constituição¹⁵¹.

É a partir daí que torna-se possível denunciar a “ordinarização” da Constituição Federal e a “constitucionalização” do Código de Processo Penal, onde, a pretexto de combater a criminalidade, direitos e garantias individuais são reduzidos e a Constituição Federal passa a ser lida a partir do Código de Processo Penal e não o inverso¹⁵², como se não houvesse um dever inerente à prática judicial de reinterpretar às normas legais à luz da Constituição Federal¹⁵³.

¹⁵⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução penal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: _____. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 470. Em outra obra, SILVA, Marco Antonio Marques da (Acesso...cit., p. 2) afirma que “no campo da Justiça Penal, os fundamentos e princípios constitucionais a ela aplicáveis, muito embora inexista a hierarquia entre os preceitos constitucionais relacionados com os direitos e garantias individuais, avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo”. Em mesmo sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 37; PRADO, Geraldo. *Sistema...cit.*, p. 50. De acordo com GRECO FILHO, Vicente (*Os direitos individuais e o processo judicial: habeas corpus*, mandado de segurança e outros instrumentos constitucionais. São Paulo: Atlas, 1977. p. 37), o processo traz consigo uma dupla garantia: a ativa e a passiva. Quanto a ativa, “diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se [do processo] para a reparação dessa ilegalidade”. E passiva porque “impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições legais da liberdade sem o competente e devido processo legal”.

¹⁵¹ Acerca do tema, SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da (Dignidade humana e persecução penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 215) adverte que “a Constituição da República alterou o panorama processual penal em diversos aspectos. Isso porque, cediço está, com sua vigência não foram recepcionados, preceitos instaurados em épocas ditatoriais, ruíram diversos preceitos processuais, notadamente na Justiça Penal, os quais transferiam ao indivíduo uma sobrecarga de desvantagens processuais e inquisitoriais”. Sobre a relação entre o autoritarismo e o processo penal, cf., item 1.1.

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação...cit.*, p. 67. Por isso a crítica do autor, no sentido de que “as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhe aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior” (idem, ibidem, p. 67). Mostram-se inteiramente válidas as críticas de CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried (*Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 302) que, acerca do tema, denuncia: “a imposição de uma consequência jurídica ao autor do delito deve basear-se em escrupuloso respeito a determinadas garantias e direitos do acusado, que constituem direitos fundamentais do ser humano”. Ademais, prossegue, “a busca pela verdade tem seus limites nestes direitos e na segurança jurídica e que, no caso de insuficiência de provas ou no caso de estas terem sido obtidas ilicitamente (...), não pode impor-se uma condenação, por mais grave que seja o fato”.

¹⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 29. De acordo com GUERRA, Marcelo Lima (*Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998. p. 52-53), “em toda sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em

E exemplos do que ora se aponta não faltam. Basta ver, a título argumentativo, a previsão constante no art. 155 do Código de Processo Penal, pelo qual “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, legitimando, pois, condenações fundadas em elementos no curso do inquérito policial, mesmo diante da garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, o que implicaria, necessariamente, na exclusão dos elementos da investigação preliminar, por não terem sido produzidas num contexto de contrariedade da defesa¹⁵⁴.

E o que dizer das inversões do ônus da prova em desfavor do réu, notadamente nos crimes contra o patrimônio que, fundadas no art. 156 do Código de Processo Penal, pelo qual “a prova da alegação incumbe a quem a fizer”, implicam na obrigação, por exemplo, de o acusado comprovar a licitude de determinado bem apreendido, mesmo com a efetiva

primeiro lugar, tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo”. Em mesmo sentido: THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 91.

¹⁵⁴ Na jurisprudência, o STJ já entendeu que “o art. 155 do Código de Processo Penal preconiza estar vedada a condenação do réu fundada *exclusivamente* em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada, tais provas, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório, como é a hipótese dos autos” (REsp n.º 1.509.496-AgR/SP, 5^a t., rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23/04/2019). Em mesmo sentido: REsp n.º 1.771.698-AgR/SP, 5^a t., rel. Min. Felix Fischer, DJe 19/02/2019; REsp n.º 1.759.923-AgR-ED/RS, 6^a t., rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, DJe 20/02/2019; AREsp n.º 1.244.506-AgR/GO, 6^a t., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 04/02/2019. Uma filtragem constitucional desse dispositivo, entretanto, deveria conduzir a absoluta imprestabilidade dos elementos colhidos no inquérito policial, com exceção das provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas, posto não ter o réu a oportunidade de, diretamente, influir na produção probatória. Afinal, como pontua GRINOVER, Ada Pellegrini (*O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 10), “é do contraditório que brota a própria defesa”. Em abono a nossa tese, RANGEL, Paulo (*Direito...*cit., p. 522) afirma que “a palavra *exclusivamente* significa dizer que o juiz não deve levar em consideração, em sua sentença, as informações contidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. Não servem nem para cotejá-las com as do processo. Prova de inquérito é para que o MP possa dar o *pontapé inicial*, oferecendo a denúncia”. Em mesmo sentido, defendendo uma releitura do art. 155 do Código de Processo Penal à luz da Constituição: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 421; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 331; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*cit., p. 65. Por sua vez, numa perspectiva garantista, FERRAJOLI, Luigi (*Direito...*cit., p. defende que a legitimidade do processo penal somente se legitima quando houver “prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos”.

consagração do direito à presunção de inocência, segundo o que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII, CF)¹⁵⁵.

Quanto à prisão preventiva, ainda que a Constituição Federal tenha adotado o modelo acusatório de processo, separando-se as funções de julgar, acusar e defender, o legislador ordinário, mesmo após a promulgação da Constituição de 88, autorizou, a partir da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, mediante o art. 310, II, do Código de Processo Penal que, “ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente”, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, “no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova” (HC n.º 483.023/SC, 5ª t., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15/02/2019). Em mesmo sentido, também no STJ: “No delito de receptação, sendo flagrado o agente com a *res furtiva* em seu poder, firma-se a presunção relativa da responsabilidade do réu, momento em que se transfere à defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a tarefa de comprovar a licitude da conduta mediante emprego de quaisquer dos artifícios inerentes ao exercício do contraditório e da ampla defesa, não havendo que se falar em indevida inversão do ônus da prova” (HC n.º 458.917-AgR/SC, 6ª t., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 17/12/2018). Novamente, apelando-se aos dispositivos da Constituição de 88, se o art. 5.º, LVII, assegura a presunção de inocência, como sustentar uma espécie de “presunção relativa de responsabilidade do réu”? Como lembra BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Ônus...cit.*, p. 310), “na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é defender a inversão do ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração da inociência de excludente de ilicitude e de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo)”. É incontroverso, pois, que essa inversão do ônus da prova ou a existência de uma presunção de culpabilidade acaba por atentar contra a presunção de inocência, já que cria uma previsão desautorizada constitucionalmente. Em mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 186; RANGEL, Paulo. *Direito...cit.*, p. 26; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...cit.*, p. 26. Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de escrever que “se a Constituição Federal garante a presunção de inocência, não há como adjudicar ao réu o ônus de comprovar a sua inocência. É por isso que, quando muito, a defesa deve, unicamente, trazer argumentos que infirmem a tese acusatória, cabendo ao órgão acusador a prova de que o argumento levantado é falso” (Inversão do ônus da prova nos crimes de receptação e violação ao princípio da presunção de inocência: estudo de casos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. In: LOPES, Anderson Bezerra et alii. (Orgs.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 398).

¹⁵⁶ Sobre o tema, o STJ também já se manifestou a respeito, prescrevendo que “presentes os requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrado o *periculum libertatis*, admite-se ao Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva, aos ditames do art. 310, II, do Código de Processo Penal, sem que tal fato se confunda com a decretação da segregação preventiva *ex officio* na fase investigativa. Não se verifica, pois, a alegada violação à norma adjetiva penal, tampouco a desconformidade com o sistema acusatório de processo ou com o princípio da inéria, adotados pela Constituição da República de 1988”. (HC n.º 392.294/RS, 6ª t., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 15/05/2017). Há aqui, mais uma vez, desrespeito flagrante a estrutura acusatória de processo desenhada pela Constituição. Se o juiz está autorizado a decretar prisões de ofício, ao revés do pedido

O mesmo se pode dizer do art. 637 do Código de Processo Penal, ao prever que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”, autorizando-se, assim, a execução provisória da pena, mesmo com a garantia constitucional da presunção de inocência, a qual, segundo o texto constitucional, somente cederia diante da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁵⁷.

Tais circunstâncias, como se nota, implicam na necessidade de aperfeiçoamento da base processual, estabelecendo-se não só o processo penal como instrumento de garantias e a oportunidade de salvaguarda de direitos fundamentais¹⁵⁸, mas ainda reformulando a hermenêutica processual penal a fim de que seja superada a legislação ordinária, reinterpretando-a nos termos da Constituição¹⁵⁹. Até porque, como defendia JOSÉ FREDERICO MARQUES, “mesmo o delinquente tem garantida a tutela dos bens jurídicos que lhe são mais caros; e só depois que a viva vox juris do magistrado o declara responsável criminalmente”¹⁶⁰.

A legitimidade do processo penal reside, portanto, enquanto instrumento colocado à disposição do cidadão com *status* de garantia constitucional¹⁶¹ e cujo objeto reside,

das partes, há um comprometimento da sua imparcialidade que o coloca no lugar da acusação. Sobre a impossibilidade de atuação *ex officio* do juiz, FERRAJOLI, Luigi (*Direito...*cit., p. 534-536) defende o que ele denomina de “*terzietà*”, isto é, “ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa”. Segundo o autor, “é necessário, para que seja garantida a imparcialidade do juiz, que este não tenha de modo algum qualquer interesse na causa, seja público ou institucional. Em particular é necessário que ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exerça simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigamente, no misto. Só desse modo o processo pode preservar caráter ‘cognitivo’ ou, como diz Beccaria, ‘informativo’, e não se degenerar em ‘processo ofensivo’ em que o ‘juiz se torna inimigo do réu’”. Há decisões, no entanto, que reconhecem a inconstitucionalidade da fixação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. Sobre o tema, já manifestou o TJRS no sentido de que, “após o advento da Constituição de 1988, a qual adotou o sistema acusatório, caracterizado, essencialmente, pela distinção entre as atividades de acusar e julgar; imparcialidade do juiz; contraditório e ampla defesa, motivação das decisões judiciais, livre convencimento motivado, entre tantas outras, totalmente descabida qualquer decretação *ex officio*. A acusação, nos termos do art. 129 da Constituição, está totalmente a cargo do Ministério Pùblico, constituindo-se em ilegalidade a decretação de prisão de ofício” (HC n.º 70016461592, 7ª Câmara Criminal, rel. Des. Nereu José Giacomolli, DJ 11/09/2006).

¹⁵⁷ Sobre a não recepção do art. 637 do Código de Processo Penal pela Constituição, cf., *infra*, item 3.2.3

¹⁵⁸ PRADO, Geraldo. *Sistemas...*cit., p. 57.

¹⁵⁹ Para além do ajuste do Código de Processo Penal a Constituição Federal, GIACOMOLLI, Nereu José (*O devido...*cit., p. 33) defende a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional às disposições internacionais, no que se denomina “transconstitucionalismo”. Sobre a hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988, cf., *infra*, item 2.3.1

¹⁶⁰ MARQUES, José Frederico. *Os princípios...*cit., p. 49.

¹⁶¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *A efetividade...*cit., p. 127.

justamente, na tentativa de assegurar o respeito dos direitos constitucionais do acusado¹⁶². Até porque é o exercício da liberdade individual que se pretende ver legitimado durante o curso da persecução penal, uma vez que, escreve JUAREZ TAVARES, “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção”¹⁶³.

Pela topografia constitucional muda-se a perspectiva de atuação do Estado, de tal sorte que, se antes o direito era fundado no dever dos súditos, hoje materializa-se na ideia de que a atuação estatal somente se legitima mediante a ótica da cidadania e a defesa dos direitos dos cidadãos¹⁶⁴, bem como no respeito à dignidade da pessoa humana¹⁶⁵, estando a disciplina processual programaticamente radicada na Constituição¹⁶⁶.

Como já tivemos a oportunidade de sustentar, o modelo processualmente penal adequado é, enfim, aquele que proclama os direitos e garantias individuais¹⁶⁷, obrigando os intérpretes a uma releitura do Código de Processo Penal à luz a Constituição de 1988, bem como reconhecendo que o fundamento de existência do processo penal é a garantia de defesa da liberdade, da dignidade da pessoa humana¹⁶⁸ e dos direitos individuais¹⁶⁹, o que obriga a reconhecer a força da Constituição e a necessária reinterpretação de todo arcabouço processual.

¹⁶² SILVA, Marco Antonio Marques da. *Igualdade...*cit., p. 470.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 160.

¹⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2004. t. 1, p. 244; PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 85; BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...*cit., p. 257.

¹⁶⁵ SAMPAIO, Daniel. *A verdade...*cit., p. 120.

¹⁶⁶ PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1994. p. 17.

¹⁶⁷ FURTADO, Régis Munari. Persecução penal, ética e corrupção: o papel do processo penal na tutela das garantias. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Corrupção, ética e cidadania*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 318.

¹⁶⁸ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. p. 25. Segundo PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva (Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado...*cit., p. 606), “as leis elaboradas antes da Nova Ordem Constitucional são ou não recepcionadas, em decorrência dos princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica, e quando o são devem ser interpretadas conforme as normas constitucionais que lhe dão fundamento de existência”.

¹⁶⁹ CHISSIONE, Túlio. El proceso como garantía de la libertad individual. In: _____. *Temas procesales y penales*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1977. p. 110.

1.4 O confronto entre o eficientismo e o garantismo no processo penal: em busca de saídas constitucionalmente adequadas

Um dos pontos mais controvertidos na seara penal e que interessa diretamente ao presente estudo, diz respeito a intricada relação entre o eficientismo e o garantismo no curso da persecução penal¹⁷⁰. Dito de outra forma, cuida-se da pretendida busca de equilíbrio entre assegurar ao investigado, acusado ou condenado à aplicação e o respeito de suas garantias fundamentais, bem assim, a necessidade de promover uma maior eficiência no curso da ação penal, assegurando-se a segurança e a paz social¹⁷¹.

Apesar do que eventualmente se pode imaginar, o tema em questão não é novo, e vem sendo, ainda que com algumas diferenças conceituais, analisado há décadas. Apenas a título de exemplo, cite-se HÉLIO TORNAGHI que, em escritos da década de 70, já manifestava a preocupação na relação estabelecida entre autoridade e liberdade, para quem “o equilíbrio entre a autoridade e a liberdade se faz pela prevenção e pela repressão dos abusos de parte a parte”¹⁷².

Para ANTONIO SCARANCE FERNANDES, dois seriam os direitos fundamentais em contraposição durante o curso do processo penal, e que levantaria essa dualidade estabelecida

¹⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2008, n. 70. p. 229-268; Idem. Efetividade, processo penal e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado...*cit., p. 527-542; Idem. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008. p. 9-28; Idem. *Processo...*cit., p. 19; SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de ‘garantia’, ‘eficiência’ e ‘funcionalidade’. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 2005, n. 52. p. 250-275; WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-31; PRADO, Geraldo; Casara, Rubens R. R. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 1.º/2.º sem. 2012. p. 67-74; LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 36-37; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 78, 2002. p. 687-697. Na doutrina estrangeira: APONTE, Alejandro. El derecho penal en una perspectiva de paz: de la tensión entre ‘eficientismo’ y garantismo en el caso colombiano. In: *Sistemas judiciales*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, 2001. p. 156; AMODIO, Ennio. *Processo...*cit., p. 44-54.

¹⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio...*cit., p. 231; Idem. *Efetividade...*cit., p. 529.

¹⁷² TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3, p. 102.

entre garantismo e eficientismo: o direito à liberdade, de um lado, e o direito à segurança, de outros, ambos previstos no art. 5.º da Constituição¹⁷³.

Afastando a ideia de “eficiência” como sinônimo de obtenção de condenações, os adeptos dessa teoria sustentam que a eficiência no processo estaria ligada à obtenção, em tempo razoável, de um julgamento justo, traduzido na possibilidade de os órgãos de persecução penal agirem para a obtenção do direito punitivo, bem como no asseguramento das garantias do devido processo legal do acusado¹⁷⁴. Isto é, o procedimento eficientista seria aquele em que fosse garantido aos três sujeitos atuantes no processo, acusador, acusado e o juiz, condições de agirem em consonância com seus ideários e, às partes, meios para defesa de seus direitos e mecanismos que respeitem suas garantias¹⁷⁵.

A contraposição ao eficientismo se daria com o “garantismo”, entendido como a efetivação das garantias do devido processo legal, seja do ponto de vista subjetivo, seja do ponto de vista objetivo¹⁷⁶. É amplamente sustentada sob a perspectiva da teoria desenvolvida por LUIGI FERRAJOLI, que consagrou a teoria do garantismo sob três vieses, como modelo normativo de direito, ou seja, um modelo de estrita legalidade, cujo objetivo era minimizar a violência e maximizar a liberdade, num sistema de limitações à função punitiva do Estado, como teoria jurídica de validade e de efetividade, pelo qual há uma separação entre o “ser” e o “dever ser” e, como uma filosofia política, que exige do direito e do Estado o ônus da justificação externa com fundamento nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a sua finalidade¹⁷⁷.

¹⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reflexões...*cit., p. 9.

¹⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio...*cit., p. 233. Segundo MACHADO, André Augusto Mendes (*Investigação...*cit., p. 170-171), “os doutrinadores do processo penal começaram a trabalhar com as noções de eficiência e garantismo, com o intuito de alcançar um processo equilibrado, que, a um só tempo, satisfizesse os anseios sociais por segurança (reprimindo a conduta comprovadamente criminosa) e o direito individual à liberdade (garantindo ao acusado meios para se defenderem e afastar imputações injustas)”.

¹⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade...*cit., p. 528; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação...*cit., p. 171.

¹⁷⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio...*cit., p. 234.

¹⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 234; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 786-788.

Defende-se, finalmente, que o eficientismo do processo estaria ligado a construção de procedimentos eficientes, o que, para ANTONIO SCARANCE FERNANDES, impõe a necessidade de simplificação e a “necessidade de serem produzidos procedimentos adequados à realidade concreta e às exigências do direito material”¹⁷⁸. Até porque, aponta, a efetividade do processo penal somente seria notada caso produzisse efeitos positivos no meio social, com os resultados esperados do processo penal: a paz social, a vigência do Estado Democrático de Direito, a segurança pública e a preservação da dignidade da pessoa humana¹⁷⁹.

Em que pese a construção teórica por detrás da ideia de que seria possível a conciliação de disposições completamente opostas no processo penal, uma análise mais acurada do tema mostra que, além de uma série de equívocos, impõe-se a superação dessa leitura maniqueísta entre garantismo e eficientismo. Até porque, ou confia-se no poder penal e aqueles que o exercem, ou desconfia-se. São elementos, pois, inconciliáveis¹⁸⁰. Enquanto os seguidores do eficientismo ignoram a crise de legitimidade do sistema penal, crendo que os mais diversos problemas sociais são meros casos, resolúveis pelo processo penal¹⁸¹, o garantismo também encontra limites intransponíveis, ao crer cegamente num “otimismo normativo”, pelo qual os limites semânticos do texto legal seriam obstáculos a abusos¹⁸².

¹⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade...*cit., p. 537.

¹⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reflexões...*cit., p. 25.

¹⁸⁰ PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo...*cit., p. 70.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 70. Isso seria herança, defendem os autores (PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. op. cit., p. 70), da escolástica medieval, no qual o sistema “assenta-se em uma visão maniqueísta – e artificial – que divide a sociedade entre ‘bem’ e o ‘mal’”, apresentando-se “como principal característica a seletividade (que reproduz e intensifica a desigualdade social, com a criminalização dos excluídos da sociedade de consumo) e, mais do que um sistema voltado à proteção de direitos, é ‘um sistema de violação de direitos humanos’”.

¹⁸² PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo...*cit., p. 70. E isso é reconhecido pelo próprio FERRAJOLI, Luigi (La semántica de la teoría del derecho. In: _____. *Epistemología jurídica y garantismo*. 1. ed. México: Fontamara, 2004. p. 23), para quem “es claro que a estos dos modelos semánticos y a sus respectivos puntos de vista o universos del discurso corresponden instrumentos de observación y métodos de investigación y de control empírico diversos. El universo del discurso de la dogmática jurídica y de la teoría del derecho de corte normativista, consistiendo en un universo a su vez lingüístico, requiere como método específico de observación el análisis del lenguaje legal, es decir la interpretación jurídica de aquellos datos empíricos que consisten en las proposiciones normativas de las cuales se compone el discurso del legislador”. Sobre a busca de precisão semântica pelo garantismo para controle da discricionariedade judicial, PINHO, Ana Cláudia Bastos de (*Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104-105) esclarece que “em vários momentos da obra ferrajoliana, vê-se a opção por buscar critérios linguísticos para maximizar os espaços abertos de discricionariedade, com a elaboração, por exemplo, de tipos penais mais

Outra questão controvertida é que “eficientismo” é vocábulo diverso de “eficiente” e traz um significado completamente distinto¹⁸³. Enquanto um processo penal eficientista estaria ligado a possibilidade de tornar os meios e os fins legítimos¹⁸⁴, mais céleres e menos custosos do ponto de vista econômico, social e político¹⁸⁵, um processo penal eficiente tem como premissa o espaço constitucionalmente, estabelecendo-se limites ao poder punitivo¹⁸⁶.

Ainda que não se diga ou que, expressamente, sustente-se a ideia de que a eficiência do processo penal não seria medida pelo número de condenações¹⁸⁷, esse argumento dura pouco. Isso porque, de acordo com o que se defende, um processo eficiente seria aquele que permitisse aos órgãos de persecução penal não apenas a apuração dos fatos, mas também a condenação de seus autores¹⁸⁸. Ora, se a lógica da teoria eficientista não é o número de condenações porque, então, a possibilidade de condenação mediria a “eficiência”?

Na realidade, a dicotomia “garantismo” e “eficientismo” obedece a uma premissa que, mesmo não declarada, sustenta-se na mesma que legitima as teorias da *law and order*¹⁸⁹ e da *law and economics*¹⁹⁰ do Estado neoliberal¹⁹¹, qual seja, a de que, se o sistema não funciona

fechados, obedecendo fielmente ao princípio da taxatividade penal”. Entretanto, termina-se perguntando: “como um teórico da envergadura de Luigi Ferrajoli poderia acreditar em critérios linguísticos como forma de controle?”.

¹⁸³ PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo*...cit., p. 71.

¹⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade*...cit., p. 692.

¹⁸⁵ PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo*...cit., p. 66.

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 71.

¹⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio*...cit., p. 234.

¹⁸⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Noções*...cit., p. 234.

¹⁸⁹ A *law and order* defende, como esclarece TORON, Alberto Zacharias (*Crimes hediondos*: o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996. p. 86-93), “a imposição de penas severas, com o endurecimento do sistema, fundado em critérios puramente retributivos”. Os sentimentos de ameaça e de insegurança, diz o autor, “são canalizadas para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só tolerável como objeto de exigência da população”. Em mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 142-153.

¹⁹⁰ Trata-se de movimento fortemente influenciado pelo neoliberalismo econômico, cujos expoentes foram Ronald Coase e Richard A. Posner e que, como explica ROSA, Alexandre Morais da (Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012. p. 137), criou “um novo princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado”, de modo que “o Direito passa a ser um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico”. A implantação da eficiência, aponta o autor, passa a ser “entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica a avaliação das instituições por suas consequências (custo/benefício), a partir de uma noção de meios, e não de fins”. Nesse sentido: POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 141”.

¹⁹¹ O neoliberalismo desenvolveu-se no pós-guerra, explica SILVA, Denival Francisco da (*De guardião a vilão*: a contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018. p. 36-37),

bem e não combate eficazmente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo¹⁹².

A partir de então, direitos e garantias individuais são solenemente ignorados pelo Estado e, de tabela, a lógica que passa a prevalecer no processo penal é a contratual de custos e benefícios, sem uma vinculação normativa de estrita legalidade¹⁹³.

Assim, muito embora a ideia de “eficientismo” no processo penal seja promovida num viés que, supostamente, não colocaria em risco os direitos do acusado¹⁹⁴, a realidade mostra que o sistema, idealizado como protetor, torna-se um violador sistemático de garantias, invertendo-se os princípios de sua programação, notadamente o da presunção de inocência¹⁹⁵.

Em outras palavras, se o sistema não funciona bem, combatendo ineficazmente a criminalidade, é necessário, então, aumentar ainda mais a repressão¹⁹⁶ ou, nas palavras de VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE, “maximizar os níveis (instrumentais e simbólicos) de eficiência do sistema para otimizar a luta contra a criminalidade”¹⁹⁷.

A lógica eficientista no processo penal, portanto, apesar de se escorar num dócil e, para não dizer, inocente discurso de conciliação entre “garantismo” e “eficientismo”, guarda,

“como uma reação teórica e política ao Estado intervencionista do bem-estar social”. Nesse sentido, chegou-se a afirmar que a desigualdade é vital para as sociedades ocidentais, vez que instigava o próprio desejo de ascensão”. Essa relação é também reconhecida por ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: _____. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 290), para quem “o eficientismo, em rigor, é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal (e ao Consenso de Washington), em que a contrapartida da minimização do Estado social é precisamente a maximização do Estado penal”. Em mesmo sentido, CASARA, Rubens R. R. (*Mitologia...*cit., p. 196) lembra que “em substituição ao Estado do Bem-estar Social (Estado Providência), o Estado Penal assume importância na manutenção da estrutura capitalista”.

¹⁹² PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo...*cit., p. 69. Sobre o tema, LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 132-133) denunciam ser “interessante o infundável ciclo que se estabelece: o Estado se afasta completamente da esfera social, explode a violência urbana. Para remediar, o tratamento penal para a pobreza. Diante da banalização do direito penal, maior será a ineficiência do aparelho repressor e a própria demora judicial (em relação a todos os crimes, mas, especialmente, dos mais graves, que demandam maior dose de tempo, diante de sua complexidade. Atulham-se as varas penais e evidencia-se a letargia da justiça penal. Nada funciona. A violência continua e sua percepção amplia-se, diante da impunidade que campeia. Que fazer? Subministrar doses ainda maiores de direito penal. E o ciclo se repete”.

¹⁹³ MORAIS, Alexandre Rosa de. *Constitucionalismo...*cit., p. 140.

¹⁹⁴ Para FERNANDES, Antonio Scarance (*Efetividade...*cit., p. 539), “somente haverá efetividade do processo penal de ele servir ao indivíduo de modo a protegê-lo em suas necessidades fundamentais”.

¹⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Política...*cit., p. 280.

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 288.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 288.

na realidade, uma lógica inegavelmente utilitarista¹⁹⁸, que pretende maximizar resultados, ainda que com a supressão de garantias. O direito passa a ser um estorvo, o que impõe a flexibilização de direitos e garantias¹⁹⁹, bem como dos limites constitucionais ao poder de punir do Estado que, em nome da emergência punitiva, exige respostas imediatas a conflitos sociais²⁰⁰. Em vista disso, reduz e neutraliza-se garantias da defesa, multiplicam-se as devassas e deslocam-se as linhas de equilíbrio normativo da liberdade, da autonomia e da dignidade²⁰¹.

Outro equívoco na teoria que busca a conciliação dos vetores “eficientismo” e “garantismo”, diz para com a noção de que a efetividade do processo penal resultaria no equilíbrio entre o interesse do Estado de assegurar segurança pública e o interesse de proteger a liberdade individual²⁰², exigindo-se, então, do processo, um efeito positivo na segurança pública e na paz social²⁰³.

Como já tivemos a oportunidade de nos manifestar anteriormente, o processo penal deve ser lido não como um instrumento de segurança pública, mas, como um meio de salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, não cabendo ao processo penal o papel de protetor dos interesses da sociedade, de pacificação ou de segurança pública, tal como, equivocadamente, pretende-se conferir ao processo pela noção que de desenvolve na dicotomia “garantismo” e “eficientismo”.

¹⁹⁸ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 195. De acordo com WEDY, Miguel Tedesco (*Eficiência...*cit., p. 21), a noção de processo utilitarista conduz a “uma ideia que acaba por observar o processo penal apenas como aríete capaz de agilizar o procedimento, e não aquele filtro capaz de conduzir a verdade possível e válida, a partir de um clima de equilíbrio e ponderação, capaz de alcançar a justiça respeitando garantias, de forma eficiente”.

¹⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade...*cit., p. 694. Sobre o tema, conforme observa GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 198-200, “o processo penal, nessa conjuntura, aparece com óbice, como estorvo. Já não é necessário para a imposição de penas. Ao perder a sua característica mais preciosa, ser um caminho imprescindível à imposição da sanção, retardando o julgamento e subtraindo o caso das contaminações da evidência, o processo penal começa a ser preenchido com ideais de eficiência, economia processual, celeridade. (...) Almeja-se segurança, reduzindo cada vez mais os espaços de liberdade. Isto é, busca-se a segurança (que se sabe não poderá jamais ser alcançada), através de instrumentos que maximizam a certeza de uma punição”.

²⁰⁰ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 2009, n. 80. p. 312.

²⁰¹ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência...*cit., p. 23.

²⁰² FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade...*cit., p. 532; FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio...*cit., p. 233.

²⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Noções...*cit., p. 25.

Essa concepção de processo nos parece tão equivocada, que parece encontrando coro entre as teorias autoritárias, dentre as quais a do italiano VINCENZO MANZINI, para quem, em pleno regime fascista, adjetivava de “superficiais, tocos e confusos” os ideais franceses que defendiam ser a finalidade do processo a tutela da inocência²⁰⁴. De acordo com esse autor, a principal função do processo penal seria a de comprovar a pretensão punitiva do Estado no caso concreto e, somente eventualmente, a liberdade individual²⁰⁵. Não por menos, defendia, a ordem normal das coisas impunha a presunção dos fundamentos da imputação e a verdade da decisão, e não o contrário, uma vez que o interesse relativo à liberdade individual, apesar de representar uma parte essencial no processo penal, não seria, nem de longe, sua característica, tampouco a prevalecente²⁰⁶. Por isso a defesa de que a presunção de inocência não passava de algo “absurdamente paradoxal e irracional”²⁰⁷.

A defesa do processo penal como instrumento de segurança pública parece-nos revelar, pois, uma associação com as teorias desenvolvidas em pleno regime fascista e, nos dias de hoje, um equívoco quando a Constituição expressamente consagra a presunção de inocência. Não fosse isso, uma leitura atenta das pesquisas empíricas já realizadas a respeito do efeito especial-preventivo da sanção penal comprovaria que, ao contrário da crença coletiva, a ameaça do processo penal não produz qualquer efeito no seio social, muito menos um efeito de prevenção geral²⁰⁸. A partir de investigações realizadas por PETER-ALEXIS ALBRECHT na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo, nota-se que “das pesquisas empíricas sobre efeito

²⁰⁴ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., p. 252.

²⁰⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., p. 252. Na doutrina nacional, esse pensamento também encontrou adeptos. ROSA, Inocencio Borges da (*Processo...*cit., v. 1, p. 52-53), por exemplo, inspirado na obra de Vincenzo Manzini, sustentava que “diz muito bem Manzini que errado e incoerente é o critério segundo o qual as normas processuais penais são essencialmente destinadas à tutela da inocência. Seria o mesmo que dizer que os diagnósticos médicos são diretamente destinados a descobrir a inexistência das doenças. Importaria isso em afirmar aquilo que na prática é absolutamente falso e na teoria absurdo: que, em regra, sejam destituídas de fundamento e arbitrárias as presunções de culpabilidade que levanta, contra os indivíduos indicados em crime, o Ministério Público. (...) Do que fica dito, resulta a improcedência da pretendida presunção de inocência que, segundo vários autores, milita, no Processo Penal, em favor do indivíduo imputado”.

²⁰⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., p. 252.

²⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 253.

²⁰⁸ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 197.

especial-preventivo das sanções penais (...), segundo os resultados empíricos é de se supor, no melhor dos casos, um não efeito e, no pior dos casos, um efeito contraprodutivo”²⁰⁹.

E não é só. Os dados revelam ainda, de acordo com PETER-ALEXIS ALBRECHT que, “segundo o estado atual de pesquisa não existem, na verdade, provas empíricas para a efetividade de medidas mais rigorosas na aplicação da pena”. Ademais, “também a elevada mensuração judicial da pena e a moldura penal legal, como esperado, teriam pouco peso para o cumprimento da lei”²¹⁰.

Tais informações, para além dos equívocos teóricos já revelados, mostram que, na verdade, a noção de “eficientismo” no processo penal guarda tão somente uma lógica utilitarista que, na prática, não implica em nenhum ganho social para além da condução, da redução e da fragilização de direitos e garantias individuais. Demais disso, mesmo que confirmado o papel do processo penal como instrumento de segurança pública, o questionamento que haveria de se feito é: em um Estado Democrático de Direito, os fins justificam os meios e legitimam o afastamento de direitos e garantias individuais no combate ao crime?²¹¹ Parece-nos que não.

É por isso que, quanto mais democrático for o regime, mais o processo penal se apresentará como um instrumento a serviço da liberdade individual²¹². A ideia de ponderação entre “eficientismo” e “garantismo” não representa outra coisa senão a violação dos direitos fundamentais do acusado que, a pretexto de uma ponderação de interesses, coloca em cheque garantias constitucionalmente asseguradas a quem é submetido a persecução penal²¹³, sendo vistos, ainda, como “entraves” ao sistema penal e não seu fundamento de legitimação²¹⁴. Por

²⁰⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86.

²¹⁰ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 197.

²¹¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia...*cit., p. 87.

²¹² VALE, Ionilton Pereira do. O direito constitucional processual penal: o processo penal como garantia do indivíduo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 897, jul./2010, p. 410.

²¹³ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRim, 2006. p. 127.

²¹⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de combate ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRim, 2004. p. 107.

isso a defesa de GIUSEPPE BETTIOL, no sentido de que “a perspectivação política a partir da ideia de defesa dos interesses da colectividade é destronada e substituída pela ideia diferente de que o processo penal é um instrumento de tutela das exigências de liberdade do homem”²¹⁵.

Essa problemática que busca ver conciliado o dualismo estabelecido entre “garantismo” e “eficientismo”, leva-nos, finalmente, ao seguinte questionamento: é possível um processo penal efetivo? A resposta é sim e a resposta passa, necessariamente, pela Constituição. Segundo JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, processo efetivo não é sinônimo de processo eficiente. Enquanto o primeiro reclama uma análise dos fins, o segundo, de base neoliberal, responde apenas aos meios²¹⁶. Dito de outra forma, enquanto o processo “eficientista” está ligado a um viés economicista, entre os meios e os fins almejados, o processo “eficiente” busca atender e respeitar o projeto constitucional²¹⁷, sem abrir mão de que, para chegar-se legitimamente à punição, é necessário o irrestrito respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O processo penal eficiente, e não eficientista, tem como foco, portanto, a maximização de direitos e garantias individuais, desenvolvendo mecanismos que evitem a supressão de direitos ou, quando menos, ampliando a sua esfera de proteção, o que, para MIGUEL TEDESCO WEDY, implica “fazer justiça dentro dos limites da Constituição”, uma vez que, “só se alcança justiça de fato com uma decisão que respeite garantias”²¹⁸. Deve-se, enfim, romper a lógica utilitarista que permeia o processo penal e retornar à ideia de que a Constituição Federal somente se legitima enquanto limite ao poder punitivo, ainda que sendo um estorvo ao “eficientismo” esperado²¹⁹.

²¹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...*cit., p. 257.

²¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade...*cit., p. 692.

²¹⁷ PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo...*cit., p. 71.

²¹⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência...*cit., p. 25. Em mesmo sentido, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (*Risco...*cit., p. 200) aponta que “se não é possível alcançar a segurança garantindo-se os direitos fundamentais, estes acabam naufragando, assim como todo o direito processual penal”.

²¹⁹ Para MORAIS, Alexandre Rosa de (*Constitucionalismo...*cit., p. 144), “por mais que a Constituição exista como documento, no campo da ponderação e da inexistência de Direitos Fundamentais absolutos – duas das ferramentas mais utilizadas pelos Neoconstitucionalistas de todas as vertentes –, sua capacidade operativa é rebaixada em nome

Não há, portanto, conciliação: ou se considera fundamental o respeito aos direitos e garantias do acusado, maximizando-os, ou se dá destaque à eficiência, sacrificando conquistas históricas da evolução processual, obtendo, apesar de injustos, resultados imediatos²²⁰. A efetividade do processo reside não na redução de garantias fundamentais, mas no respeito à sua manutenção²²¹, já que esse é o fundamento de legitimidade do processo penal. Ademais, não pode o Estado, a pretexto de punir quem violou a lei, violar os seus próprios comandos legais para atingir a esse desiderato²²².

1.5 O papel do juiz na tutela dos direitos fundamentais

A partir da leitura do art. 251 do Código de Processo Penal²²³, é possível verificar que, dentre os papéis do juiz no processo penal, está o dever de manter a regularidade e a ordem no curso do processo²²⁴. Embora indiscutível esse dever, é importante reconhecer, para além disso, uma outra atribuição que deve ser atribuída ao juiz no curso da persecução penal e que, nos parece, dá-se a partir de uma releitura do processo penal a partir da Constituição: o de garantidor dos direitos fundamentais²²⁵.

Apesar de aparentemente óbvia essa responsabilidade, parece ainda imperar no ideário jurídico nacional, inclusive entre os magistrados, a noção de que os juízes seriam uma

de um antecedente: o custo-benefício do Direito no campo da Economia. Logo, a característica de que a Constituição é o documento fundante perde espaço porque o fundamento último não é mais fixo, mas volátil, flexível, conforme as movimentações do Mercado”.

²²⁰ THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 43.

²²¹ SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2008, n. 73. p. 100.

²²² PRADO, Geraldo; Casara, Rubens R. R. *Eficientismo...*cit., p. 71.

²²³ Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

²²⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 5.

²²⁵ D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 91; ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 358; MARQUES, José Frederico. *Os princípios...*cit., p. 42; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 72; CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 210; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...*cit., p. 15; LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução...*cit., p. 77. Na doutrina estrangeira: BERTOLINO, Pedro J.. *El debido proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Platense, 2011. p. 136; ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia...*cit., p. 417; FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 503.

espécie de “agentes garantidores de segurança pública”²²⁶ ou, como fortemente criticado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, uma espécie de “pau-para-toda-obra”, pelo qual não funcionando bem os setores do Executivo ou Legislativo, atribui-se ao magistrado a obrigação de corrigir o que está errado ou de suprir as deficiências de outros órgãos estatais²²⁷.

Em pesquisa de campo realizada em maio de 2011 por RUBENS R. R. CASARA, com todos os vinte e sete juízes criminais atuantes perante o Fórum Central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, observou-se indícios de que os magistrados cariocas, em sua maioria, acreditavam atuar com a responsabilidade de garantir segurança pública à sociedade. Na coleta dos dados para o estudo, disponibilizou-se três questões objetivas e fechadas: a 1^a, “Nas decisões criminais, leva-se em conta a segurança pública?”, a 2^a, “As decisões criminais produzem efeitos na redução da criminalidade?” e a 3^a, “O bem jurídico ‘segurança pública’ é levado em consideração no momento da fixação da pena?”. Do universo pesquisado, dois juízes não responderam ao questionário. Em relação aos demais, as respostas parecem comprovar o quanto assentado acima: os juízes se enxergam como agentes de segurança pública. Na primeira pergunta, vinte e um responderam “sim” à questão (ou seja, de que levam em conta a “segurança pública” no momento de prolatar as suas decisões), enquanto quatro responderam “não”. Na segunda pergunta, dezesseis responderam “sim” ao questionário, admitindo a crença de que as decisões judiciais produzem efeito na redução da criminalidade, contra seis que assinalaram “não”. No que diz respeito a terceira pergunta, doze juízes admitiram levar em consideração o bem jurídico “segurança pública” no momento da fixação da pena, frente a treze que responderam “não”²²⁸. Apesar de a pesquisa ter sido realizada em apenas uma, das muitas comarcas brasileiras, o resultado revela que muitos juízes ainda se veem como agentes de

²²⁶ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 208.

²²⁷ MARQUES, José Frederico. A função do juiz. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium Editora, 2001. p. 196. Em mesmo sentido: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 170.

²²⁸ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 208-209.

segurança pública, convolando, como conclui o autor do estudo, na manutenção da crença do “processo penal como instrumento de pacificação social/segurança pública”²²⁹.

Essa realidade, contudo, não é verificada apenas no Brasil. Na Alemanha, PETER-ALEXIS ALBRECHT, denunciou a transformação dos juízes em responsáveis pela política de segurança do Estado. Em nome de um suposto “interesse de segurança da coletividade”, as decisões judiciais passaram a ser pautadas por esse critério, excluindo-se da competência dos magistrados a noção de defensores dos direitos fundamentais e inserindo-os dentro da responsabilidade de serem controladores da eficiência da persecução penal²³⁰.

Em outro estudo, citando WOLFGANG KAUPEN, PETER-ALEXIS ALBRECHT apontou que ao serem apresentados questionários a juízes, membros do Ministério Públicos e advogados da República Federal da Alemanha com perguntas sobre objetivos da profissão e da vida, autoimagem profissional, representação de valores morais e religiosos e engajamento político-social, foi possível chegar-se a conclusão de que a maioria dos atores jurídicos agiam de forma antidemocrática, autoritária e antiliberais²³¹. Por isso a crítica, no sentido de que, ao invés de o palco processual ser o mecanismo adequado para garantia do processo justo e da presunção de inocência, o processo tornou-se um “local de opressão”, havendo um verdadeiro “desinteresse da Justiça pela pessoa do acusado”²³².

A par do que já se apontou, é preciso, efetivamente, rever o papel do juiz no processo penal, colocando-o numa posição de garantir de direitos fundamentais. Se é bem verdade que já se mostrou impossível exigir-se do magistrado uma postura “neutra”, desprovendo-o de senso crítico e descolando-o da realidade, é ainda mais verdadeiro que o magistrado deve manter-se imparcial no curso da persecução penal²³³, comprometendo-se, de

²²⁹ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia...*cit., p. 209.

²³⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia...*cit., p. 416-417.

²³¹ Idem, *ibidem*, p. 399-400.

²³² Idem, *ibidem*, p. 405

²³³ A exigência de imparcialidade do magistrado não pode ser confundida com uma suposta neutralidade. Enquanto a imparcialidade está relacionada, como explica CASARA, Rubens R. R. (*Mitologia...*cit., p. 144-148), a ausência

forma intransigente, com a tutela dos direitos fundamentais, em especial os do acusado que, no processo penal, segundo LUIGI FERRAJOLI, constitui na parte mais fraca²³⁴ e depende, para se contrapor ao Estado-acusador em regime de paridade de armas, o respeito integral às garantias constitucionalmente asseguradas.

A garantia dos direitos fundamentais impõe, finalmente, que, sejam os juízes de primeira instância, sejam os membros do Supremo Tribunal Federal, todos eles têm a tarefa de instrumentalizar e aperfeiçoar o constitucionalismo, coibindo excessos dos Poderes Executivo e Legislativo e, também, do próprio Poder Judiciário²³⁵. Em outras palavras, incumbe ao magistrado o dever de manter-se imparcial durante toda a persecução penal, garantindo o equilíbrio do contraditório entre as partes e, por consequência, da própria democracia processual²³⁶, até porque, segundo JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, “os direitos dos indivíduos só valem como tais porque ao Poder Judiciário incumbe, depois de demonstrados, emprestar a força pública a seus titulares”²³⁷.

“(pré)juízos ou (pré)conceitos em relação ao caso penal que irá julgar”, ou seja, a equidistância do julgado às partes, a neutralidade seria algo próximo a ausência de valores, o que é indiscutivelmente impossível, já que o juiz, enquanto homem, está impregnado de valores que agregam a sua personalidade durante a vida. Amparado em Rui Portanova e seguindo essa orientação, MAYA, André Machado (*Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50) aponta que “enquanto a imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição do juiz-homem-individual, a neutralidade é um dado subjetivo relacionado ao juiz-cidadão-social, equação formada pela visão de mundo do magistrado, um ser humano que, no ato de julgar, ‘implode em suas questões existenciais, em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção que pretende comunicar na sentença’”. Daí a conclusão do autor, para quem “a neutralidade, compreendida como ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano construído por razão e emoção”. Sobre o tema, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (*O papel...*cit., p. 47) sustenta que a “democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de consequência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade”.

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 50. De acordo com o autor, no momento da prática de um crime, o mais débil a exigir proteção é a vítima; entretanto, uma vez réu e iniciado o processo, é o réu que passa a ser a parte mais débil, já que enfrenta as forças do Estado.

²³⁵ ABOUD, Georges. *Processo...*cit., p. 358. Para além das diversas significações de “constitucionalismo”, adotamos a definição sustentada por Peter Häberle, mencionado por ABOUD, Georges (*Processo...*cit., p. 358) que o conceitua como “a limitação, a racionalização e controle do poder estatal e social, a proteção das minorias e dos débeis e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana”.

²³⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 74.

²³⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *O contraditório no processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 102.

Tais pontos vem a calhar no sentido que a atuação do juiz no processo penal justifica-se a partir da participação não mais como protagonista, mas como árbitro imparcial que proporciona as partes atuação ativa, possibilitando-os de contribuir no desenvolvimento da decisão judicial e, ao fim e ao cabo, garantindo direitos e garantias individuais assegurados ao acusado²³⁸. É por isso que a legitimação da atuação do magistrado está não na vontade da maioria, mas no caráter democrático da Constituição²³⁹, que impõe uma atuação contramajoritária sempre que necessária para garantir a força normativa da Constituição e o indeclinável respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁴⁰.

É por isso que ao analisar o papel da jurisdição constitucional, RONALD DWORAK anota que “*a instituição dos direitos contra o governo não é um presente de Deus, um antigo ritual ou um esporte nacional. É uma prática complexa e problemática que torna mais difícil e mais cara a tarefa governamental de assegurar o bem-estar social*”²⁴¹. Somente com a valorização direitos fundamentais é possível reestabelecer a justiça material esperada no processo penal²⁴², com o indeclinável respeito aos mandamentos constitucionais.

O fundamento de legitimidade do juiz no processo penal está ligado, pois, a função de garantidor dos direitos fundamentais²⁴³, promovendo-se, efetivamente, o exercício da

²³⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 174.

²³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução...*cit., p. 77.

²⁴⁰ ABOUD, Georges. *Processo...*cit., p. 365. Esclarece o autor, outrossim, que “ser contramajoritário não é, necessariamente, ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias” (Idem, ibidem, p. 368). Para CASARA, Rubens R. R. (*Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 131), é necessário repensar o sentido de “bom juiz” trazido no senso comum. De acordo com o autor, “o ‘bom juiz’, construído/vendido por essas empresas de comunicação e percebido por parcela da população como herói, passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais empecilhos à eficiência do Estado, ou do mercado. Para muitos, alguns por ignorância das regras do jogo democrático, outros por compromisso com posturas autoritárias, o ‘bom juiz’ é justamente aquele que, ao afastar direitos fundamentais, nega a concepção material de democracia – democracia não só como participação popular na tomada de decisões, mas também como concretização de direitos e das garantias fundamentais”.

²⁴¹ DWORAK, Ronald. *Levando...*cit., p. 304.

²⁴² D’URSO, Flávia. *Princípio...*cit., p. 91.

²⁴³ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. Desrazões do STF para a violação da presunção de inocência e execução antecipada da pena. In: _____; _____. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 145; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 183; CASARA, Rubens R. R. *Estado...*cit., p. 132.

jurisdição constitucional²⁴⁴ em todos os atos praticados no curso da *persecutio criminis*²⁴⁵. Isso implica, por manifesta incompatibilidade com o modelo acusatório de processo, a superação do juiz agente de segurança pública, ou ainda, do “juiz-secretário de segurança pública”²⁴⁶ ou, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, do juiz “pau-para-toda-obra”, como se o exercício das nobres funções judicantes estivessem ligadas não a proteção dos direitos e garantias individuais do acusado, mas de uma suposta preservação dos interesses da sociedade²⁴⁷. Não por menos, há mais de um século, FRANCESCO CARRARA já sustentava que a origem do direito penal estava não ligada a defesa social, mas a defesa do direito, advertindo a sua preocupação com a utilização da “defesa da sociedade” como meio de legitimação e violação de direitos individuais²⁴⁸.

Não há como admitir-se, especialmente diante do desenho constitucional estabelecido há mais de trinta anos, a utilização simbólica da lei penal, como ela fosse salvadora da sociedade²⁴⁹, deslocando-se os problemas de segurança pública para o Poder Judiciário,

²⁴⁴ Para MOTTA, Francisco José Borges (*Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28), “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, de modo que é dever do juiz examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. E essa conformidade, essa verdadeira filtragem constitucional permanente, há de ser feita – repitamos o quanto for necessário – em conformidade com a materialidade da Constituição”.

²⁴⁵ ABOUD, Georges. *Processo...*cit., p. 369; LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução...*cit., p. 78; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...*cit., p. 15; CASARA, Rubens R. R. *Estado...*cit., p. 134. FERRAJOLI, Luigi (*Direito...*cit., p. 535) defende que “o Poder Judiciários e configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado”.

²⁴⁶ A definição é de MELCHIOR, Antonio Pedro (Juiz-Secretário de Segurança Pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2012, n. 96. p. 321) para quem “em matéria penal, (...) surgirá o apelo por um Judiciário ativo, alçado a figura altíssima do grande protetor da sociedade em face da ‘guerra contra o crime’. É nesse local que a competência constitucional da Segurança Pública pelo Executivo se dilui em prol de uma atuação positiva do Judiciário no Processo Penal contemporâneo (ativismo do Estado-Juiz, por ex.)”.

²⁴⁷ Sobre o tema, o Ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 509.030/RJ, deixou registrado que “diante de eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, (...) essa não é e não pode ser a função do juiz. Juiz não enfrenta crimes. Não é agente de segurança pública. Não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação. O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e a Constituição, com imparcialidade e somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate a impunidade”.

²⁴⁸ CARRARA, Francesco. *Programa...*cit., v. 2, p. 295.

²⁴⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da (*Estado...*cit., p. 134) denuncia a lei penal, amparado em Jesús María Silva Sánchez, como dotada de “uma aparência simbólica e o único caminho da intimidação”.

quando tal é de inteira responsabilidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que a desenvolvem mediante políticas públicas²⁵⁰. Para LUIGI FERRAJOLI, aliás,

A função jurisdicional não intervém em casos gerais em função de interesses gerais, mas em casos particulares e precisamente individuais. O interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas. Se à maioria – por meio da mediação governamental, parlamentar e até mesmo por meio de formas de democracia judiciária direta – fosse confiado também o Poder Judiciário, judicante e/ou inquiridor, as liberdades dos discordantes e seus legítimos espaços de desviação seriam postos em grave perigo. E o perigo seria tanto maior quanto mais amplos fossem os espaços potestativos do sistema penal e consequentemente a carência de legitimação legal que a legitimação “democrática” deveria remediar. (...) Podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade²⁵¹.

O compromisso do juiz na persecução penal é, pois, segundo FLÁVIA D'URSO, “com a intangibilidade dos direitos fundamentais, por quanto é esse vínculo que legitima e caracteriza a justiça material concebida no Estado Social”²⁵². É importante, portanto, rever o papel do juiz no processo penal, legitimando-o não como alguém em posição de destaque perante as partes, mas como garantidor de direitos e garantias individuais do acusado, assegurando o devido processo legal e a possibilidade de o acusador e réu, efetivamente, influírem na construção do provimento jurisdicional²⁵³. O combate à criminalidade é de única e exclusiva responsabilidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no qual o primeiro executa as políticas públicas debatidas e criadas pelo segundo.

²⁵⁰ MELCHIOR, Antonio Pedro. *Juiz...*cit., p. 326.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 502-503.

²⁵² D'URSO, Flávia. *Princípio...*cit., p. 92.

²⁵³ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 183.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

No capítulo anterior, buscou-se não apenas reconstruir as bases do processo penal brasileiro, desenvolvido num contexto histórico autoritário, como, ainda, promover-se uma releitura do Código de Processo Penal de 1941 à luz da Constituição de 88, superando-se ideais eficientista no curso da persecução penal, bem assim reconhecendo aos juízes o papel de garantidores de direitos fundamentais.

No presente capítulo, pretende-se analisar o instituto da presunção de inocência, bem como as consequências desse importante vetor na legitimidade da execução provisória da pena que, ao longo de quase três décadas, tem sofrido inúmeras (re)interpretações no Supremo Tribunal Federal, muito embora o artigo 5.º, LVII, da Constituição prescreva que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Desse modo, além de analisar aspectos históricos da presunção de inocência, como as discussões das escolas penais italianas que, diretamente, influenciaram o Direito pátrio, reconstrói-se o instituto antes, com e após a Constituição de 1988, analisando seu conteúdo. De igual forma, por sua importância à discussão, trata-se da execução provisória da pena, analisando-a de acordo com o ordenamento brasileiro, bem como trazendo suas controvérsias.

2.1 Aspectos históricos da presunção de inocência

Entre os princípios fundamentais do processo penal, nenhum, talvez, mais do que a presunção de inocência, represente o teste decisivo para verificar o traço garantista presente em um determinado sistema processual²⁵⁴. A considerada presunção de inocência, enquanto

²⁵⁴ PAULESU, Pier Paolo (Presunzione di non colpevolezza). In: *Digesto delle discipline penaliistiche*. 4. ed. Torino: Utet, 1995. v. 9, p. 670-671. Como observa FERRAJOLI, Luigi (Direito...cit., p. 506), a presunção de inocência é um “princípio fundamental da civilidade (...) fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. De forma semelhante, para

princípio político²⁵⁵, foi uma reação liberal a um passado de abusos, em que presumia-se a culpabilidade do acusado e impunha-se-lhe o ônus probatório de comprovar a sua inocência, legitimando-se, a partir daí, não apenas a utilização da confissão mediante tortura, mas também a prisão preventiva que era, indistintamente, empregada pelo juiz como medida de caráter ordinário da atuação policial e meio de obtenção de provas²⁵⁶.

Foi a partir de CESARE BECCARIA (1738-1794), com a obra “Dos delitos e das penas”, que surgiu as primeiras reações contrárias ao processo inquisitorial²⁵⁷ e seus métodos medievais de punição²⁵⁸. Não por menos, esse importante pensador italiano, já entendia que “se, ao sustentar os direitos do gênero humano e da verdade invencível, contribuí para salvar da morte atroz algumas das trêmulas vítimas da tirania (...), as bênçãos e as lágrimas de um único inocente (...) consolar-me-iam do desprezo do resto dos homens”²⁵⁹. Para além disso,

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 1), a presunção de inocência “representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”. ILLUMINATI, Giulio (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 5) destaca que “sotto questo profilo si deve sottolineare che l'affermazione di tale principio, se intesa nel suo pieno significato, rappresenta il cardine dell'ordinamento processuale moderno, poiché ad esso sono evidentemente collegate le più importanti garanzie che tutelano, direttamente, l'imputato e, mediamente, la correttezza dell'accertamento”. Também para DOMINIONI, Oreste (Il 2.º comma dell'art. 27. In: BRANCA, Giuseppe; PIZZORUSSO, Alessandro (Coords.). *Commentario della Costituzione: rapporti civili*. Bologna: Zanichelli, 1991. p. 165), “la tutela dell'innocente si impone come problema cardine dell'ordinamento penale”.

²⁵⁵ BORGHESE, Sofo. Presunzioni (direito penale e direito processuale penale). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 13, p. 774; AMATO, Giuliano. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 137; BETTIOL, Giuseppe. *Instituições*...cit., p. 295.

²⁵⁶ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 29; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 18; VALENTE, Manuel Monteiro. *Processo*...cit., t. 1, p. 147-148; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção*...cit., p. 10.

²⁵⁷ VILELA, Alexandra. *Considerações*...cit., p. 30.

²⁵⁸ É importante anotar que, durante o iluminismo francês, diversos autores influenciaram a adoção do pensamento liberal que daria sustentação a Revolução Francesa, tais como Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) e Romagnosi (1761-1835), apenas para citar alguns pensadores da época. Entretanto, como lembra GRINOVER, Ada Pellegrini (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 37) foi com Beccaria e seu histórico “*Dos delitos e das penas*”, que se despertou “as consciências dos soberanos melhores e criado em torno dos mais conservadores a ameaça do vigor de suas ideias”.

²⁵⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 25.

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou²⁶⁰.

A presunção de inocência, portanto, embora pudesse ser vislumbrada desde o direito romano com a máxima *in dubio pro reo*²⁶¹, somente veio a se aperfeiçoar com a Revolução Francesa²⁶², no século XVIII, consagrando-se no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) a previsão de que “todo homem deve ser presumido inocente

²⁶⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos*...cit., p. 45-46.

²⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5.º, LVII, da Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alii. (Coords.). *Comentário*...cit., p. 440; PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 1999. p. 29; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção*...cit., p. 9; FERRAJOLI, Luigi. *Direito*...cit., p. 506; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão*...cit., p. 49; LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução*...cit., p. 184. Em sentido contrário, MORAES, Maurício Zanoide de (Presunção...cit., p. 38-39) recusa a associação histórica entre a presunção de inocência e o direito romano, sob o argumento de que “a presunção de culpa sempre orientou a concepção e estruturação dos institutos processuais” romanos. Desse modo, conclui, “pela potencializadora interação entre a constante presunção de culpa que informava todos os modelos processuais romanos e a construção de um direito penal do inimigo, chega-se à conclusão de que por toda essa fase histórica não se pode afirmar que a presunção de inocência tenha sido sequer encetada”. De forma semelhante, para PAULINO, Galtiênio da Cruz (*A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência*: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 12), “o referido princípio, em termos internacionais, sedimentou-se em uma conjuntura jurídica de superação do positivismo dogmático advindo do nazifascismo, mediante o qual era defendida a existência de um sistema criminal focado na violência, nos abusos e nas perseguições por parte do Estado”. Na doutrina estrangeira, ILLUMINATI, Giulio (*La presunzione*...cit., p. 14) aponta que “risale presumibilmente a quest’epoca l’opinione, divenuta in seguito tradizionale, secondo la quale il processo inquisitorio – absolutistico e medievale – era basato sulla presunzione di colpevolezza”.

²⁶² OLIVEIRA, Herviane Vivian Alves de. Efeitos da presunção de inocência no processo penal. *Revista de Doutrina e Jurisprudência* 49, Brasília, set./dez. 1995. p. 37; MAIEROVITICH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade - anotações. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* 126, São Paulo, 1990. p. 26; VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 17; AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira. *Revista Brasileiro de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, abr./jun. 2018, p. 276; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso*...cit., p. 25; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção*...cit., p. 9; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção*...cit., p. 77; GIACOMOLLI, Nereu José. *Comentário*...cit., p. 441. Na doutrina estrangeira: DIAZ, Carlos Alberto Chiara; ROSA, Mariano R. La. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea, 2013. p. 528-529; VILELA, Alexandra. *Considerações*...cit., p. 33; PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción*...cit., p. 30; VALENTE, Manual Monteiro Guedes. *Processo*...cit., p. 148; DOMINIONI, Oreste. *Il 2.º comma*...cit., p. 167; MAIER, Julio B. J. *Derecho*...cit., t. 1, p. 491. Há quem sustente, no entanto, que o marco fundamental da presunção de inocência teria se dado não por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, mas da Declaração da Virgínia, nos Estados Unidos da América, em 1776. Nesse sentido, mencionando a discussão, sem, contudo, anuir a esse posicionamento: CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 15. Especificamente em relação a influência da Revolução Francesa, DOMINIONI, Oreste (*Il 2.º comma*...cit., p. 164-165) observa que “la presunzione d’innocenza prende ad enuclearsi a partire dal movimento riformatore che con l’illuminismo investe i sistemi penali. Il suo sorgere si può dire che contrassegni l’emergere nel processo penale della tematica delle libertà individuali, determinando l’aspirazione a ridefinire i rapporti fra potere punitivo e singolo: titolare quest’ultimo di diritto dichiarati naturali e inviolabili, limitato il primo nella possibilità di penetrare nella sfera del privato”.

até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei”²⁶³.

A redação desenvolvida na Assembleia Nacional Francesa tinha como fundamento estabelecer uma regra processual pela qual além de o acusado não ser obrigado a comprovar a sua inocência, que era presumida, fixada estava uma regra de tratamento, no qual à restrição da liberdade somente se justificava nos casos de evidente necessidade²⁶⁴. Erigia-se, finalmente, um direito cívico, garantindo-se aos cidadãos, indistintamente, a tutela jurídica de sua honra e liberdade, cuja responsabilidade incumbia aos órgãos do Estado e de invocação possível no processo penal²⁶⁵.

A presunção de inocência implicou, assim, historicamente, em um questionamento perene aos abusos do sistema punitivo da época, bem assim a forma como o acusado era, durante a perseguição, tratado pelo Estado²⁶⁶. Cuidou-se, finalmente, após séculos de exploração absolutista, de uma das mais importantes conquistas da liberdade individual frente ao poder punitivo do Estado, assentado na concepção otimista do homem, tal qual idealizada por JEAN JACQUES ROUSSEAU e no valor supremo que a liberdade assume para o ser humano²⁶⁷.

Apesar de toda a carga valorativa e o significado inscrito na presunção de inocência, essa notável garantia fundamental acabou não se mostrando suficiente para, tal qual defendido pelos ideais iluministas, enterrar definitivamente o modelo repressivo desenvolvido no *Ancien Régime*²⁶⁸. Percebendo as consequências que esse importante paradigma jurídico, filosófico e político representava, surgiram novas correntes que, ao final e ao cabo, acabaram por

²⁶³ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 77.

²⁶⁴ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 15; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 9.

²⁶⁵ VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 34; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo...*cit., p. 148; VARALDA, Renato Barão. *Restrição...*cit., p. 21.

²⁶⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso...*cit., p. 25.

²⁶⁷ BOLINA, Helena Magalhães. *Razão de ser*, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito* 70, Coimbra, 1994. p. 435.

²⁶⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 12; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 40.

inviabilizar a sua implementação. Enquanto uma era de fundo político-econômico e externa ao Direito, sucedida em decorrência das guerras napoleônicas²⁶⁹, a outra tinha origem na matriz criminológica-positiva, que acabou retratada no Código Napoleônico de 1808²⁷⁰.

Essas discussões acabaram influenciando diretamente a Itália que, à época, buscava não apenas elementos legitimantes da sua unificação, mas, sobretudo, a consagração das garantias reconhecidas no seio da Revolução Francesa²⁷¹. Foi a partir daí que uma série de debates e discussões entre as Escolas Clássicas, Positivista e Técnico-Jurídica se iniciaram, sentindo-se os efeitos até hoje.

2.1.1 As discussões travadas entre as Escolas Clássica, Positivista e Técnico-Jurídica

Para além das inúmeras discussões que se sucederam na Itália após a Revolução Francesa, destaca-se as contribuições desenvolvidas no seio das Escolas Clássica, Positivista e Técnico-Jurídica que, inspiradas por influências diversas, promoveram uma verdadeira releitura, cada qual ao seu modo, da presunção de inocência, ora buscando ampliar o seu valor axiológico, ora procurando diminuir a sua influência.

Dentro da Escola Clássica, aperfeiçoada com os postulados consagrados no Iluminismo²⁷², um de seus maiores expoentes foi FRANCESCO CARRARA (1805-1888) que,

²⁶⁹ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 97-106. Acerca das guerras napoleônicas, esclarece o autor que, no decorrer o período, o processo penal acabou “utilizado como instrumento de exercício do poder estatal para que, aquele governo em implementação, por meio da ‘força legalizada’, imprimisse seus novos desígnios frente a todos que fossem tidos como seus opositores (criminosos ou não)”. (Idem, *ibidem*. p. 101).

²⁷⁰ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Op. cit.*, p. 97-106. Sobre o tema, esclarece GIACOMOLLI, Nereu José (*Prisão...*cit., p. 19) que “com o CPP francês de 1808, a presunção de inocência, na concretização garantística, restou comprometida, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual”. Em mesmo sentido, OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de (*Efeitos...*cit., p. 38) denuncia que “houve um retrocesso materializado pelo Código de Instrução Criminal de 1808, código este que ampliava os poderes do juiz na instrução permitindo-lhe cometer verdadeiros abusos, como por exemplo, determinar a expedição de mandados de prisão ao seu alvedrio. Dentre outros fatores, inexperiência dos atores jurídicos na ocasião dificultou na prática dos princípios inseridos na Declaração de 1789, resultando com isso que pouca repercussão houve do princípio da presunção de inocência na legislação positiva”.

²⁷¹ OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 38; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 13. Na doutrina estrangeira: VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 37.

²⁷² VARALDA, Renato Barão. *Restrição...*cit., p. 21; AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. *Presunção...*cit., p. 278; PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción...*cit., p. 29. Para MOURA, José Souto

inspirado pelos estudos de GIOVANNI CARMIGNANI (1768-1847) e as obras de CESARE BECCARIA²⁷³, elevou à presunção de inocência a condição de princípio fundamental do processo penal e de todas as demais garantias processuais²⁷⁴. Não por menos, já em 1882, GIOVANNI CARMIGNANI argumentava que quanto mais cruel é um crime, maior a força da presunção de inocência. Isso porque, disse ele, quando um crime violento é praticado, as presunções ordinárias da lei ou do homem perdem muito de seu valor, de modo que se requer uma maior proteção²⁷⁵.

A Escola Clássica defendia que o processo penal haveria de ser concebido sob duas finalidades: a punição dos culpados, de um lado e, de outro, a tutela do direito que tem o acusado de não ser punido sem culpa, ou além da justa medida de sua responsabilidade²⁷⁶. Em outras palavras, reafirmava-se que o processo penal haveria de conciliar esses dois objetivos, prevalecendo, sempre, a liberdade civil, bem assim dispensando maior atenção aos meios que evitassem a condenação dos inocentes²⁷⁷. Excluía-se, desse modo, qualquer função repressiva do processo penal, deixando essa responsabilidade ao direito penal²⁷⁸. Sobre o tema,

de (A questão da presunção de inocência do arguido. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 42, v. 11, 1990. p. 31-32), “com a Revolução Francesa, liberal e individualista, interessava sobretudo encontrar instrumentos jurídicos que limitassem o ‘jus puniendi’ do Estado para se evitarem os abusos antecedentes. O interesse do indivíduo foi sobrevalorizado em relação ao interesse colectivo, porque deste, o porta-voz é em princípio o Estado. E o Estado tem um poder que falece aos indivíduos. No processo penal o ‘favor sociaetate’ poderia assim ser substituído pelo ‘favor reis’, do mesmo modo que à presunção de culpa sucederia a presunção de inocência”.

²⁷³ ISOBE, Natalia Cristina Rezende. As escolas penais europeias e a construção do pensamento jurídico brasileiro no início do século XX. In: BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. (Orgs.). *Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e o movimento político-criminal*. São Paulo: Plêiade, 2012. p. 90-91; GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1950. v. 1, p. 69.

²⁷⁴ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...cit.*, p. 52. Sobre o tema, GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Presunção...cit.*, p. 13) esclarece que, “para Carrara, a inocência do acusado é pressuposto da ciência penal, na parte em que contempla o procedimento, e a ela são referidas praticamente todas as garantias do que hoje chamariamos ‘justo processo’: juiz natural, amplitude de defesa, observância das condições de legalidade nas confissões, imparcialidade na apreciação da prova e, sobretudo, temperamento na custódia preventiva”.

²⁷⁵ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi...cit.*, p. 182. Não se pode perder de vista, no entanto, que mesmo aquela época, a presunção de inocência ainda guardava algumas ressalvas. O próprio CARMIGNANI, Giovanni (*Scritti inediti*. Lucca: Giuseppe Giusti, 1852. v. 5, p. 256), ao elaborar o projeto de Código de Processo Penal de Portugal sustentava que “la legge garantisce la presunzione d’innocenza ad ogni uomo di precedente irreprehensibile vita”.

²⁷⁶ CARRARA, Francesco. *Programa...cit.*, v. 2, p. 296.

²⁷⁷ VILELA, Alexandra. *Considerações...cit.*, p. 37.

²⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...cit.*, p. 45.

FRANCESCO CARRARA insistia que a presunção de inocência funcionaria como “absoluta condição de legitimidade do procedimento e da decisão”²⁷⁹. Ademais, segundo ele,

O processo penal tem por impulso e fundamento uma suspeita: suspeita de que tenha sido praticado um delito, com a possível participação de um indivíduo; assim, autoriza-se os oficiais a darem andamento a suas investigações para a avaliação do fato em geral, bem como contra aquele indivíduo. Mas em face dessa suspeita, está em favor do imputado a presunção de inocência que assiste a todo cidadão; essa presunção é assumida pela ciência penal, que faz dela a sua bandeira, opondo-se ao acusador e ao inquisidor, não para deter os seus movimentos do curso legítimo, mas para restringi-los, encadeando-os em uma série de preceitos que são um freio à arbitrariedade, um obstáculo ao erro e, consequentemente, à proteção desse indivíduo²⁸⁰. (tradução nossa)

No conflito entre a tutela do direito à punição e a proteção do réu a uma condenação injusta, haveria de prevalecer a inocência do imputado, de modo que, segundo FRANCESCO CARRARA, “as condenações precipitadas, sobre argumentos falsos, geram, entre os que costumam refletir, um sentimento de perigo, muito mais temeroso do que a impunidade de um culpado”²⁸¹.

Apostava-se, assim, na presunção de inocência como condição de legitimação do procedimento penal, colocando-a como postulado fundamental do direito processual²⁸². Tanto que, em relação a prisão preventiva, seu cabimento estava previsto para hipóteses bastante restritas, tais como a formação do processo escrito, permitindo-se que o juiz pudesse interrogar o imputado e acompanhar a instrução, para o alcance da verdade, evitando-se que o acusado intimidasse testemunhas ou destruísse provas de seus crimes, por segurança, vedando-se a

²⁷⁹ CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. In: _____. *Opusculi di diritto criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1874. v. 5, p. 18.

²⁸⁰ Idem, ibidem, p. 17. No original: “Il procedimento penale ha per suo impulso e fondamento un sospetto: un sospetto che annunziandosi come avvenuto un delitto, ne designa come verosimilmente partecipe uno individuo; e così autorizza gli ufficiali della accusa a dare mto alle loro investigazioni per l'accertamento del fatto in genere, ed a specializzare le ricerche loro contro quello individuo. Ma in faccia a questo sospetto sta a favore dello imputato la presunzione di innocenza che assiste ogni cittadino; e questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa sua bandiera per opporla allo accusatore ed allo inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che siano freno allo arbitrio, ostacolo allo errore, e per conseguenza protezione di quello individuo”.

²⁸¹ CARRARA, Francesco. *Programa...cit.*, v. 2, p. 296.

²⁸² ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione...cit.*, p. 15.

continuidade delitiva pelo réu e, por fim, para a garantia do cumprimento da pena, bem como para evitar o risco de fuga²⁸³.

A valorização da presunção de inocência, no entanto, enquanto princípio estruturador, acabou sofrendo inúmeros ataques ao longo do século XIX por teóricos da Escola Positiva e da Escola Técnico-Jurídica, que a considerava contraditória, ilógica e absurda²⁸⁴, circunstância que impôs um regresso autoritário da cultura penalista²⁸⁵, bem como seu enfraquecimento enquanto mecanismo de contenção dos abusos do poder punitivo.

Desse modo, no quinquênio entre 1876-1880, surgiram as primeiras manifestações em direção radicalmente contrária a Escola Clássica que, atacando suas premissas, contrastava-se com princípios até então inabaláveis. Era o nascimento da Escola Positiva, cujo teóricos foram CESARE LOMBROSO (1835-1909), RAFFAELE GAROFALO (1851-1934) e ENRICO FERRI (1856-1929)²⁸⁶. Entre as causas que levaram à ruptura do movimento anterior, destaca FILIPPO GRISPIGNI, a constatação quotidiana de ineficácia do sistema penal vigente para a redução da criminalidade, o descrédito em que caíram todas as doutrinas espiritualistas e metafísicas com a disseminação da filosofia do positivismo, a aplicação na razão no estudo do homem, em particular da vida psíquica, novos estudos no campo das ciências sociais, em particular os de ADOLPHE QUÉTELET (1796-1874) que, submetendo-os a análise estatística, demonstrou ser possível a formulação de leis precisando os modos de comportamento sociais e de criminalidade e, finalmente, os novos ideais políticos que, embora induzissem o Estado a não limitar-se a função meramente negativa de impedir a prática de crimes, até então impunha uma função positiva de garantir direitos individuais, sacrificando os interesses da coletividade que exigia posições mais energéticas e eficazes na tutela da repressão²⁸⁷.

²⁸³ CARRARA, Francesco. *Immoralità del carcere preventivo*. In: _____. *Opusculi di diritto criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1881. v. 4, p. 300.

²⁸⁴ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 18; VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 42.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 507.

²⁸⁶ GRISPIGNI, Filippo. *Diritto...*cit., p. 73-74.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 73.

As críticas da Escola Positiva à Escola Clássica foram de tamanha monta que, em certa oportunidade, ENRICO FERRI ao mencioná-la, afirmou que “essa formidável corrente filosófico-jurídica chegou aos maiores exageros, instaurando quase a magna carta dos delinquentes em face da sociedade”²⁸⁸. Por isso, defendia a adoção de um ponto médio, no qual se conciliariam a legitimidade do Estado de prevenir e reprimir delitos e o resguardo das garantias individuais²⁸⁹.

Quanto à presunção de inocência, tendo em vista a crença dos adeptos da Escola Positiva no sentido de que a prática do delito estaria ligado a um desvio atávico da personalidade, desvio este derivado de fatores biopsicológicos ou sociais, seria necessário, unicamente, a verificação do grupo social a que o indivíduo estava inserido, a fim de comprovar a sua periculosidade e, então, legitimar-se a punição cabível ao culpado²⁹⁰. Não por outra razão, ENRICO FERRI entendia que a presunção de inocência, tal qual desenhada pela Escola Clássica, era um “exagero”, uma vez que considerava todos os criminosos indistintamente, fossem eles ocasionais ou habituais²⁹¹. Esse, aliás, é o ponto de partida para os positivistas: os indivíduos não eram iguais²⁹².

A Escola Positiva reduzia, portanto, a incidência da presunção de inocência apenas ao procedimento preliminar, bem assim nas hipóteses em que o imputado recusasse a autoria do delito, recusando-se a aplicá-la em todos os casos nos quais o réu fosse pego em flagrante

²⁸⁸ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 51. Para Ferri, “estes princípios e critérios gerais da justiça penal (...), nas suas aplicações práticas, deram desastrosos resultados, tais como: aumento contínuo da criminalidade e da reincidência, em particular nas associações da delinquência habitual e profissional, nos centros urbanos ou nos latifúndios isolados; aumento progressivo da criminalidade infantil e da feminina; as prisões mais confortáveis do que as casas das pessoas honestas; o agravamento financeiro dos contribuintes; defesa insuficiente dos delinquentes mais perigosos e perdição de muitos condenados menos perigosos, que seriam reutilizáveis como cidadãos honestos” (idem, *ibidem*, p. 53).

²⁸⁹ FERRI, Enrico. *Princípios...*cit., p. 54.

²⁹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 113.

²⁹¹ FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900. p. 728.

²⁹² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 113; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso...*cit., p. 28. O próprio FERRI, Enrico (*Sociologia...*cit., p. 731) defendia que “questa presunzione di innocenza – illogica quando così assoluta e indistinta – non è infatti che un aforisma giuridico allontanatosi dalla primitiva realtà che lo originava”.

na prática delitiva ou este viesse a confessar a prática o crime. Sobre a presunção de inocência, aliás, ENRICO FERRI escreveu que,

A presunção de inocência, e com ela a regra mais geral - *in dubio pro reo* -, certamente tem um fundo de verdade e, de fato, é realmente obrigatória quando se trata do período anterior ao julgamento ou a instrução processual, e ainda existe apenas suposições ou indícios contra o imputado. Esta presunção, derivada da necessidade de considerar todos os cidadãos honestos até prova em contrário, tem para si uma inegável base positiva: isto é, os delinquentes (incluindo os desconhecidos), são apenas uma pequena minoria em relação ao total de cidadãos honestos. Deve-se, portanto, ser válida apenas no que diz respeito à prova do crime, isto é, a comprovação da responsabilidade da pessoa a ser julgada que negue ser a autora do fato incriminado²⁹³. (tradução nossa)

Com as transformações sociais, econômicas e científicas que perpassava a Europa no final do século XIX e início do século XX, foram desenvolvidas as bases que proporcionaria, no decorrer do período, a exaltação de ideais nacionalistas, que sucumbiria na Itália o projeto de poder de BENITO MUSSOLINI (1883-1945). O processo penal que, até então, já vinha sofrendo ataques da Escola Positiva foi, enfim, instrumentalizado pelos projetos fascistas e, a pretexto de se reconhecer “neutra”, “racional” e “imune” quanto à ciência jurídica²⁹⁴, proporcionou o surgimento da Escola Técnico-Jurídica, capitaneada VINCENZO MANZINI (1872-1957), ALFREDO ROCCO (1875-1935) e ARTURO ROCCO (1876-1942).

Consolidava-se, assim, ainda que negando-se as influências positivistas, a ideia de que o interesse público de punir deveria prevalecer sobre o interesse de liberdade dos indivíduos, bem como reconhecia-se que o processo penal tinha como escopo não mais o de

²⁹³ FERRI, Enrico. *Sociologia...*cit., p. 729. No original: “La presunzione d’innocenza, e con essa la regola più generale - *in dubio pro reo* - ha, certamente un fondo di verità ed anzi è veramente obbligatoria quando si tratti del periodo preparatorio del giudizio ossia della istruzioni o indizii contro l’inquisito. Questa presunzione, derivata dalla necessità di considerare sino a prova in contrario come onesto ogni cittadino, ha per sè una base positiva innegabili: che cioè i delinquenti (compresi i non scoperti) sono appunto una minima minoranza di fronte al totale dei cittadini onesti. Essa dunque dovrà valere soltanto per ciò che riguarda la prova materiale del reato, ossia la responsabilità fisica del giudicabile, che neghi d’essere l’autore del fatto incriminato”.

²⁹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 121. A esse respeito, como adverte o autor, “não há ciência jurídica neutra e infensa aos influxos sociais, políticos e econômicos da comunidade da qual nasce e para a qual se destina. E, em toda a ciência jurídica, a área processual penal é a mais sujeita àqueles influxos. São eles que de fato a conformam e norteiam sua interpretação e sua aplicação”. (Idem, ibidem, p. 121).

servir como instrumento apto a conter os abusos do poder punitivo, mas o de, efetivamente, promover a punição dos culpados, atendendo-se as pretensões punitivas do Estado, em especial do regime imposto²⁹⁵.

Em outras palavras, sempre que o direito à liberdade individual estivesse em conflito com o exercício do poder punitivo, era esse último que prevaleceria. Negava-se, a um só tempo, não apenas as conquistas obtidas com a Revolução Francesa e, consequentemente, as teorias desenvolvidas no seio da Escola Clássica, mas também a própria figura do “Estado de Direito” que deixava de ter qualquer função garantidora, para atuar em nome de uma pretensa defesa social. Não por menos, o *slogan* do regime fascista era “o Estado defende a si mesmo”²⁹⁶.

No que diz respeito especificamente a presunção de inocência, VINCENZO MANZINI apontava que a finalidade do processo penal estava em comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto, reconhecendo-se a certeza da culpabilidade do imputado. Desse modo, defendia que, segundo a ordem natural das coisas, seria de presumir-se o fundamento da imputação e a verdade da decisão, e não o contrário, sendo que o interesse relativo à liberdade individual representaria no processo penal uma característica que, embora essencial, não lhe seria prevalecente²⁹⁷. Sobre o tema, escreveu VINCENZO MANZINI que,

Se é errôneo, portanto, o critério de que as normas processuais penais estão essencialmente dirigidas a tutela da inocência, mais inexata é a opinião de que atue (mais ainda: “milite”, como se fala no jargão forense) em favor do imputado uma presunção de inocência, pelo qual esse mesmo acusado deverá ser considerado como inocente enquanto não haja sentença condenatória irrecorribel.

Nada mais absurdamente paradoxal e irracional.

Basta pensar nos casos de prisão preventiva, no segredo da instrução e no fato mesmo da imputação. Posto que esta última tem por pressuposto suficientes indícios de materialidade (arts. 74, segundo parágrafo, 78, 252, 374), deveria ela constituir, pelo menos, uma presunção de culpabilidade. (...)

Se se presume a inocência do acusado, pergunta o bom sentido, por que então proceder contra ele?

As presunções, ademais, são meios de prova indireta pelos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, sobre a base da experiência

²⁹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 121; VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 45.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 45-46.

²⁹⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., t. 1, p. 252.

comum. Contudo, admitir-se-á que a experiência histórica coletiva ensine que a maior parte dos acusados são inocentes? E ademais, de que inocência se trata? Se presume, por acaso, que o imputado não tenha cometido o fato material, ou isso não é moralmente atribuível a ele? Ou um e outro ao mesmo tempo? E então, por que não se aplica o princípio em todas as suas consequências lógicas? Por que não abolir a prisão preventiva? Por que não se admite ao imputado que se constitua parte civil contra o querelante ou denunciante, injustos perseguidores suspeitos de um suposto inocente?

A indicada presunção de inocência não é justificativa sequer como correlativa da obrigação de provar a imputação que incumbe ao acusador, já que esta obrigação não segue necessariamente que o acusado deva presumir-se inocente, toda vez que a acusação mesma está já em parte provada por indícios que determinaram a imputação, já porque a prova da materialidade pode adquirir-se por iniciativa do juiz, já, enfim, porque normalmente ocorre de o acusado mesmo provar sua própria inocência a fim de destruir precisamente os elementos de prova de culpabilidade sobre os quais se levantou a acusação. De outra parte, o direito de defesa não tem de modo algum como pressuposto essencial que o indivíduo seja inocente; este pode ser menos culpável do que faz aparecer a acusação, ou culpável de outra forma. Não há que confundir o direito que o imputado tem a defender-se com a presunção de sua inocência. Não se trata, pois, de uma presunção; se trataria, quando muito, de uma ficção, caso algo semelhante estivesse em nosso direito positivo, como alguns sonham²⁹⁸. (tradução nossa)

As ideias desenvolvidas na Escola Técnico-Jurídica consolidaram-se, finalmente, na elaboração do Código Rocco de 1930, repelindo, por completo, o que se denominava de

²⁹⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...* cit., t. 1, p. 253-256. No original: "Si es erróneo, per tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigida a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: 'milita', como se dice en jerga forense) a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Nada más burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructora y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia (Arts. 74, segundo párrafo, 78, 252, 374), debería ella constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad (...). Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él? Las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la experiencia común. Ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? Y ademáis, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él? ¿O lo uno y lo otro a la vez? Y entonces, ¿por qué qué no abolir la detención preventiva? ¿Por qué no se admite al imputado a que se constituya parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente? La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aun como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios que determinaron la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levantó la imputación. Por otra parte, el derecho de defensa no tiene en modo alguno como presupuesto esencial que el individuo sea inocente; éste puede ser menos culpable de lo que lo hace aparecer la acusación, o culpable en otra forma. No haya que confundir el derecho que el imputado tiene a defenderse con la presunción de su inocencia. No se trata, pues, de una presunción; se trataría, a lo más, de una ficción, si algo parecido hubiera en nuestro derecho positivo como sueñan algunos". Em mesmo sentido e do mesmo autor: *Istituzioni di diritto processuale penale*. 12. ed. Padova: Cedam, 1967. p. 43-44.

“absurda presunção de inocência”, fruto, segundo o posicionamento prevalecente à época, de uma extravagância oriunda de conceitos antiquados desenvolvidos com a Revolução Francesa, os quais serviam unicamente para levar as garantias individuais aos mais exagerados excessos²⁹⁹. Anos após, no Brasil, tais ideais viriam a influenciar a elaboração do Código de Processo Penal de 1941³⁰⁰.

Em síntese, baseando-se em argumentos eminentemente de política criminal, tanto a Escola Positiva, quanto a Escola Técnico-Jurídica, rejeitavam a aplicação da presunção de inocência nos termos em que formulados pela Escola Clássica. Tais teorias, revelavam, ainda, preocupação com enfraquecimento das medidas de defesa social contra a criminalidade, bem como evitavam a inocorrência de punições por falta ou insuficiência de indícios³⁰¹. Ao processo penal, atribuía-se, enfim, não o papel de tutelar a inocência, mas a sociedade³⁰².

2.1.2 Controvérsias terminológicas ligadas à presunção de inocência

Superado o regime fascista e abertos os trabalhos da Assembleia Constituinte italiana, inúmeras discussões acabaram sendo travadas em sede legislativa quanto a redação que se daria à presunção de inocência. Nas acaloradas discussões travadas no Parlamento italiano, duas foram as correntes formadas sobre o tema, de sorte que, enquanto uma defendia

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*cit., p. 507. Para VARALDA, Renato Barão (*Restrição...*cit., p. 26) “o Código de Rocco (1930), de inspiração fascista, rechaçou o princípio da presunção de inocência (assegurando apenas o *in dubio pro reo*), o qual foi consagrado constitucionalmente, na Itália, apenas em 1946, no artigo 27, inciso 2”. SILVA, Marco Antonio Marques da (*Acesso...*cit., p. 30), por sua vez, anota que “ainda que não se possa fazer uma relação de necessidade entre um regime autoritário e a negação da presunção de inocência, é certo que um processo penal construído sem ter em conta esse princípio pode servir a um regime político autoritário, enquanto que um processo penal no qual vige esse princípio seria totalmente incompatível com um regime autoritário. Um exemplo disso é encontrado na própria legislação italiana, o Código de 1930, vigendo durante o regime fascista, rechaçava a presunção de inocência, e consagrava outros postulados técnico-jurídicos, e tal fato encontra explicação muito mais de cunho político do que qualquer consideração de lógica jurídica”.

³⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 17.

³⁰¹ VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 42.

³⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades...*cit., p. 46.

a inclusão da presunção de inocência na Constituição, a outra sustentava a contradição dessa garantia sobre a real condição do acusado³⁰³.

Com os avanços dos trabalhos, a primeira comissão passou a defender o emprego de uma fórmula afirmativa para a presunção de inocência, propondo uma redação disposta que “a inocência do acusado se presume até condenação definitiva”³⁰⁴. Essa previsão, no entanto, por conta da influência da Escola Técnico-Jurídica, acabou não vingando, chegando-se, enfim, após o estabelecimento de um meio termo, numa fórmula negativa³⁰⁵, pelo qual o art. 27, 2, da Constituição italiana de 1947, prescreveria que “o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”³⁰⁶.

Na doutrina italiana, passou-se, então, a discutir qual seria a expressão correta a designar essa notável garantia constitucional: seria presunção de inocência ou presunção de não

³⁰³ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 30. ed. Napoli: Jovene Editore, 1988. p. 218; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção*...cit., p. 25; VILELA, Alexandra. *Considerações*...cit., p. 50.

³⁰⁴ GUARNERI, Giuseppe. *La parti nel processo penale*. Milano: Fratelli Bocca, 1949. p. 190.

³⁰⁵ ILLUMINATI, Giulio. Presunzione di non colpevolezza. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1991, v. 24, p. 1; CARBONARO, Salvatore. I rapporti civili e i rapporti politici. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Orgs.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Bárbera, 1950. p. 146; VILELA, Alexandra. *Considerações*...cit., p. 50. Esclarece LEONE, Giovanni (*Manuale*...cit., p. 218), também, que “ponendosi nel mezzo delle opposte correnti la Costituente approvò il 2º comma dell’art. 27, così formulato: ‘l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva’. Con tale formulazione da una parte non si riprodusse la presunzione d’innocenza e dall’altra non si formulò un’opposta presunzione; si consacrò nel documento legislativo un principio di pacifica, costante accettazione: durante il processo, cioè, non esiste un colpevole, un reo, ma soltanto un imputato; la condizione giuridica di ‘colpevole’ o ‘condannato’ lascia dietro di sé il processo, la condizione giuridica di imputato si ricollega al processo in corso; la prima nasce quando cessa la seconda”. Para FROSALI, R. A. (La giustizia penale. In: CAMALANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. (Orgs.). *Commentario*...cit., p. 235), “specialmente per opera del positivismo criminologico che ha, nella civiltà contemporanea, riportato in più giusto equilibrio i diritti dell’uomo con i diritti della collettività, il principio della presunzione di innocenza dell’imputato è ormai dalla migliore dottrina, e dallo spirito della nostra legge, ripudiato. Onde opportunamente la nostra carta costituzionale accoglie invece la formula negativa di non presunzione di colpevolezza”.

³⁰⁶ Sobre as modificações operadas pelo Parlamento italiano, CHIAVARIO, Mario (*Processo e garanzie della persona: le singole garanzie*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, t. 2, p. 12) escreveu que seria “un po’ semplicistico pensare che le due impostazioni si riducano a mere varianti nominalistiche. La prima, invero, induce a guardare – soprattutto, benché non esclusivamente – ad aspetti che concernono la disciplina dei fondamenti del convincimento giudiziale, e d’altro canto essa non sembra ammettere mezze misure nel gioco della presunzione, inequivocabilmente imperniata sul polo dell’‘innocenza’. La seconda, invece, per un verso appare più sfumata nella costruzione del meccanismo presuntivo, per altro verso spinge a mettere in ombra gli aspetti concernenti la genesi logica delle decisioni giudiziali, per privilegiare, piuttosto, la tematica del trattamento giurídico (o, se si vuole, dello *status*) dell’imputato in corso di processo, che appare livellato sulla ‘non assimilazione al colpevole’ sino alla sentenza definitiva. Di qui, se non altro, una pluralità di prospettive – diverse, anche se non, necessariamente, contrastanti – che dovranno, tutte, essere tenute presenti al fine di cogliere la molteplicità dei risvolti specifici della problematica”.

culpabilidade? E superada essa controvérsia, o outro questionamento que se fazia era: a adoção de uma dessas expressões redundaria em prejuízo à aplicação do conteúdo³⁰⁷ da presunção de inocência ou seriam simples equivalentes semânticos?

Inicialmente, defendeu-se que a expressão “presunção de não culpabilidade” seria diversa “presunção de inocência”, constituindo, assim, significados diversos e difundindo-se a ideia de que a Constituição italiana reconheceu a ideia presunção de não culpabilidade, cujo conteúdo representava uma noção neutra, isto é, o acusado não era culpado, tampouco inocente³⁰⁸. Essa era a posição de VINCENZO MANZINI, para quem “não ter certeza da culpa de uma pessoa indiciada necessariamente significa duvidar de sua inocência e, portanto, nunca pode significar a presunção de inocência dele”³⁰⁹.

De forma contrária a esse posicionamento, parcela da doutrina se manifestava no sentido de inexistir diferença entre “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”, tendo, ambas as expressões, o mesmo significado³¹⁰. Essa ideia foi defendida por, dentre outros autores, GIROLAMO BELLAVISTA, para quem seria falso “que a Constituição declare apenas a formulação negativa da presunção de culpa, não dizendo que existe uma

³⁰⁷ Sobre o conteúdo normativo da presunção de inocência, cf., *infra*, item 2.4.

³⁰⁸ TONINI, Paolo. *A prova...*cit., p. 65. VARALDA, Renato Barão. *Restrição...*cit., p. 27. A ambiguidade do art. 27, 2, do texto constitucional levou, inclusive, a Corte Constitucional italiana a afirmar que o acusado não deveria ser considerado nem culpado, tampouco inocente, mas apenas “acusado”. A propósito, decidiu-se Sentença n. 124, de 22 de junho de 1972 que, “ha avuto occasione di affermare (sia pure a fini diversi da quello che viene oggi in questione) che la disposizione dell'art. 27, secondo comma, Cost., nel dichiarare che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, vuol garantirgli la esclusione della presunzione di colpevolezza durante tutto lo svolgimento del rapporto processuale (sent. n. 107 del 1957; vedasi anche sent. n. 115 del 1964): la condizione giuridica di imputato - è stato osservato - si ricollega al processo, mentre la condizione giuridica di condannato, cioè di colpevole, segue il processo. E ciò, sia alla stregua del concetto stesso di colpevolezza (lato sensu), che per la dottrina generale del reato è comunemente intesa come presupposto indispensabile per l'applicazione della pena; sia in conformità alla espressione testuale usata dall'Assemblea costituente, che, nel contrasto delle opinioni, non ha sancito la presunzione di innocenza, ma, con l'emendare l'originaria proposta della I Sottocommissione, ha voluto presumibilmente asserire che durante il processo non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato”. Assim, “nel nostro sistema e nella terminologia corrente, dunque, la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella di innocente: chi durante il processo, è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole”.

³⁰⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado...*cit., t. 1, p. 257; AMATO, Giuliano. *Individuo...*cit., p. 379; GUARNERI, Giuseppe. *La partì...*cit., p. 190.

³¹⁰ VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 51.

presunção de inocência”. Para ele, “vale aqui a máxima *qui dicit de uno, negat de altero*.

Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente”³¹¹.

Muito embora MARIO CHIAVARIO tenha denunciado que a Constituição italiana não teve “a coragem de consagrar a presunção de inocência em sua expressão mais genuína”³¹², é certo que as discussões envolvendo o art. 27, 2, da Constituição não renderam quaisquer frutos. Ao final de longas discussões, consolidou-se o entendimento de que as expressões “inocente” e “não culpado” seriam meras variações semânticas de um idêntico conceito, que se justificaria por conta das diferentes matrizes histórico-culturais ou por causa de meras opções lexicais contingentes³¹³. Entre “presunção de inocência” ou “presunção de não culpabilidade”, entendeu-se, não existe um terceiro significado intermediário que possa tornar ambígua a expressão “não culpado”, cuidando-se essa discussão, afinal, de uma mera figura retórica³¹⁴.

Na doutrina nacional, essa questão também gerou controvérsia. O art. 5.º, LVII, da Constituição de 1988, dispôs que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Apesar de alguma divergência no sentido de que teria sido a

³¹¹ BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1969. p. 176. Em mesmo sentido, CARBONARO, Salvatore (*I rapporti...cit.*, p. 146) apontava que “la costituzione riprendi il principio dalla presunzione di innocenza già incluso nel codice di procedura penale del 1913 e poi abolito in quello del 1930. Lo ripete, precisando, con l'espressione 'sentenza definitiva', l'intenzione del legislatore, sebbene anche la vecchia formula del 1913, secondo la quale l'innocenza era presunta sino a quando non veniva accertata la colpevolezza non pare fosse suscettibile di arbitrarie interpretazioni”.

³¹² CHIAVARIO, Mario. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 34, Milano, Giuffrè, apr./giu. 1991, p. 358.

³¹³ PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...cit.*, p. 673; VILELA, Alexandra. *Considerações...cit.*, p. 51. Sobre o tema, GAROFOLI, Vincenzo (Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale* 41, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1168) adverte que “si parla indifferentemente di 'presunzione d'innocenza' e di 'presunzione di non colpevolezza', senza attribuire alle diverse formule particolari sfumature di significato”. DOMINIONI, Oreste (*Il 2.º comma...cit.*, p. 193) esclarece que a utilização da atual redação do art. 27, 2, da Constituição italiana se deu a fim de evitar as acusações de ilogicidade técnico-jurídica. Desse modo, “si ha infatti cura di precisare con la maggiore autorevolezza – è perché essa è apparsa 'un modo più chiaro per esprimere quel concetto che... esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato'”. Para ILLUMINATI, Giulio (*La presunzione...cit.*, p. 23), “accade così che oggi, secondo l'opinione più diffusa, si distingua tra 'presunzione d'innocenza' e 'presunzione di non colpevolezza', e si ritenga che la formula negativa stia ad indicare il riconoscimento di una posizione 'neutrale' dell'imputato: la Costituzione vieta di considerare l'imputato colpevole, ma non assume innocente”.

³¹⁴ CHIAVARIO, Mario. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 34, Milano, Giuffrè, 2000, p. 358. Nesse sentido, na doutrina nacional: CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – história da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 218.

Constituição portuguesa de 1976 a inspiração para o dispositivo³¹⁵, é certo que a sua redação mais se assemelha ao quanto previsto no art. 27, 2, da Constituição italiana de 1947³¹⁶.

Desse modo, amparado na ideia de que a Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado senão através de sentença penal condenatória, parte de alguns doutrinadores passaram a defender a ideia de que o correto seria falar-se em “presunção de não culpabilidade”, já que uma situação seria defender a certeza da inocência, outra, a sua presunção³¹⁷. Em sentido diverso, no entanto, outros defendiam a utilização da expressão “presunção de inocência”, posto ser esta a construção que, com todas

³¹⁵ Para BONCHRISTIANO, Carlos Augusto (A aplicação do princípio *in dubio pro reo* nos tribunais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 724, fev. 1996, p. 483-484), “os constituintes brasileiros de 1988 foram ao Velho Mundo buscar subsídios para acrescentá-los ao capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, dentre os que trouxeram, ressaltamos o princípio da presunção de inocência, que veio mais diretamente da Constituição Portuguesa de 1976, art. 35, § 2.º. Este artigo assim dispõe: ‘todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória’”.

³¹⁶ CRUZ, Rogerio Schiotti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 95; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 155; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Presunção...cit.*, p. 26. A redação constante na Constituição de 88 permite, ademais, como aponta GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Presunção...cit.*, p. 32-33), “uma interpretação mais abrangente da garantia, em relação à fonte peninsular, na medida em que não a restringe ao ‘acusado’ e, portanto, à esfera do procedimento penal propriamente dito, reportando-se a todos os estágios da repressão penal, inclusive às atividades policiais ditas preventivas e investigatórias”.

³¹⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-26; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 41; BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84; BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Processo...cit.*, p. 582; RANGEL, Paulo. *Direito...cit.*, p. 24-25. Em mesmo sentido, MOURA, Humberto Fernandes de (Prisões provisórias: evolução legislativa e sua análise em face do princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não culpabilidade. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, jun./jul. 2006, p. 17) defende que “levada às últimas consequências, o princípio da presunção da inocência impediria qualquer medida coercitiva contra o réu”, daí porque “prefere denominá-lo como princípio da não-culpabilidade, pois o que a Constituição Federal impede é o tratamento do réu como culpado durante o processo”. Mesmo antes da Constituição de 1988, TORNAGHI, Hélio (*Instituições...cit.*, v. 3, p. 187-188) já se colocava ao lado de Enrico Ferri, ao assentar que “parecem verdadeiras as palavras de Ferri, em discurso proferido na Câmara (...) e segundo as quais a presunção de inocência deve valer muito para os acusados de bons antecedentes e poucos para os outros, pois ‘seria ingênuo colocar como fundamento do processo penal a presunção de inocência de um ladrão habitual colhido em flagrante ou de um homicida já condenado por crimes de inocência’”. E quanto ao art. 27, 2, da Constituição italiana, criticava a ideia de presunção de inocência, já que “declarando apenas que o acusado *non è considerato colpevole*, a Constituição não afirmou a presunção de inocência, limitou-se a negar a de culpa. Em outras palavras, afirmou apenas que só depois de sentença condenatória final é que se pode falar em culpado. Isso aliás em nossos dias não passa de truismo. Essa afirmação foi necessária ao tempo em que Beccaria (...) a consagrou no *Dei Delitti e delle Pene*. Hoje em dia ela está de tal modo entranhada na mentalidade geral que nem precisaria ser afirmada. Mas como durante os trabalhos constituintes surgiu a ideia de inscrever na Constituição a estapafúrdia presunção de inocência, encontraram os mais esclarecidos o meio de satisfazer os que julgavam necessária uma afirmação sem incorrer no erro já tantas vezes malsinado”.

as letras, designaria a carga liberal e democrática carregada no desenvolvimento do art. 5.º, LVII, da Constituição³¹⁸.

Em que pese às discussões travadas, contudo, tal qual aconteceu na Itália, nos parece que a utilização de “presunção de inocência” ou de “presunção de não culpabilidade” é, no final das contas, completamente irrelevante para designar o seu conteúdo. Assim, filiamos a orientação de que ambas as expressões são antinômicas e completares³¹⁹, de sorte que as distinguir não passa de purificação conceitual³²⁰ que, ademais, em nada contribui para delimitar o seu conteúdo, tratando-se, pois, de um mero preciosismo. Presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade cuidam, afinal, dos mesmíssimos conceitos³²¹.

2.2 Presunção de inocência no ordenamento pátrio

2.2.1 Das previsões constantes na Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal)

³¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais* 729, São Paulo, RT, jun. 1996, p. 381; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*: Pacto de San José da Costa. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 105. MORAES, Maurício Zanoide de (Presunção...cit., p. 83), por outro lado, ainda que sem se posicionar pela incorreção de “presunção de não culpabilidade”, justifica a utilização da expressão “presunção de inocência” até os nossos dias, “não porquanto seja um exemplo de precisão técnico-jurídica nos moldes atuais ou em conformidade com suas raízes romanas, mas porque seu conteúdo político-ideológico induz à ideia motriz que a expressão propicia”.

³¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 245. Em mesmo sentido: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 71.

³²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Comentário...cit.*, p. 442.

³²¹ A terminologia “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” também é utilizada indistintamente nas decisões judiciais. No julgamento da ADC n.º 43-MC/DF, no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o Min. Marco Aurélio registrou que “tampouco merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito”. Por outro lado, na análise do HC n.º 84.078/MG, também na Suprema Corte, a Min. Ellen Gracie defendeu dar “à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5.º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores – é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova”. Apesar dessas considerações, em geral, os termos são usados sem que haja preocupação em trazer ideias divergentes. Nesse sentido, na jurisprudência do STF.: RHC n.º 168.699-AgR/ES, 1^a t., rel. Min. Roberto Barroso, DJe 06/08/2019; HC n.º 148.654/SP, 1^a t., rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/03/2019; RHC n.º 138.670-ED/BA, 1^a t., rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 16/11/2018; HC n.º 128.264/SP, 1^a t., rel. Min. Rosa Weber, DJe 16/10/2018; HC n.º 164.701-AgR/SP, 2^a t., rel. Min. Edson Fachin, DJe 30/04/2019; HC n.º 151.431/MG, 2^a t., rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08/05/2018.

A elaboração do Anteprojeto da Lei de Execução Penal foi iniciada no mês de fevereiro de 1981, por comissão formada pelos Professores FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, coordenador, RENÉ ARIEL DOTTI, BENJAMIN MORAES FILHO, MIGUEL REALE JÚNIOR, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, SÉRIO MARCOS DE MORAES PITOMBO e NEGI CALIXTO, revisando-se os trabalhos um ano após a sua instalação por meio de uma Comissão Revisora, composta pelos Professores FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, coordenador, RENÉ ARIEL DOTTI, JASON SOARES ALBERGARIA e RICARDO ANTUNES ANDREUCCI³²².

Após anos de discussões, em 30 de junho de 1983 chegava a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 1.657/1983, de autoria do Poder Executivo, representado pelo Ministro da Justiça IBRAHIM ABI-ACKEL, a proposta de uma Lei de Execução Penal, com o intuito de substituir a vetusta Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, a qual estabelecia normas gerais do regime penitenciário, mas já não acompanhava às exigências da época³²³.

Muito embora a Lei de Execuções Penais que viria a ser aprovada não dispusesse, ao menos de forma expressa, acerca da presunção de inocência em toda a sua dimensão, algo que somente se consolidou com a Constituição de 1988³²⁴, é possível encontrar, em seus mais de duzentos artigos, cláusulas que, diretamente, guardam relação com essa importante garantia e, mais do que isso, que estabelecia importantes balizadas no tratamento dos apenados, notadamente daqueles que, mesmo sem condenação definitiva, encontravam-se cumprindo a pena provisoriamente³²⁵.

³²² Mensagem do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel junto ao PL n.º 1.657, de 30 de junho de 1983.

³²³ Idem.

³²⁴ Acerca da regulação da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, cf., *supra*, item 2.2.1.

³²⁵ Muito embora a Lei de Execução Penal tenha avançado em alguns pontos, notadamente ao buscar reconhecer humanidade e racionalidade às penas, ROIG, Rodrigo Duque Estrada (*Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 139) denuncia o fato de não ter ocorrido “substancialmente, uma ruptura em relação ao modelo penitenciário tradicional, calcado no discricionarismo administrativo, no cientificismo etiológico e na arraigada visão positiva da pena. Em momentos de crise, a sociedade brasileira atribui a responsabilidade pela falência do sistema penal em nosso país, olvidando-se, no entanto, que esta é responsável por nortear as ações e sancionar as inúmeras violações à ordem constitucional. Em lugar de corrigir as iniquidades em sede executiva, o que se vê é a legitimação, por parte de nossa constitucionalmente defasada legislação, de uma série de práticas arcaicas e atentatórias aos direitos mais elementares dos reclusos”.

Exemplo disso foi o reconhecimento, na Exposição de Motivos do anteprojeto submetido ao Congresso Nacional, do “princípio da presunção de inocência” quando da realização do exame criminológico, previsto no art. 8.º do anteprojeto³²⁶. De acordo com a proposta encaminhada à avaliação do Poder Legislativo, “o exame criminológico, pelas suas peculiaridades de investigação, somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito”.

Para além dessa previsão, o Poder Executivo buscou resguardar, ainda que sem promover menção na Exposição de Motivos, a ideia de que o efetivo cumprimento da pena, isto é, aquela resultante de sentença penal condenatória, somente se daria após a ocorrência de “trânsito em julgado”³²⁷. Assim, já dispunha o art. 105 do Anteprojeto que “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”³²⁸.

Em igual sentido, o art. 146 do Anteprojeto disciplinava que “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar,

³²⁶ Art. 8.º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução

³²⁷ Como observa SCHMIDT, Andrei Zankner (Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 263) anota que “o processo de execução penal possui uma evidente função instrumental, qual seja, a de ‘efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal’ (art. 1.º, 1.ª parte, da LEP). Nesse sentido, a execução da pena (frise-se: pena, e não prisão provisória) pressupõe, sempre, uma sentença condenatória transitada em julgado, cuja sanção aplicada dará origem ao título executivo a ser executado, com base no monopólio da jurisdição penal, pelo Estado”. No mesmo sentido, WUNDERLICH, Alexandre (Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica...cit.*, p. 506) sustenta que “vê-se, pois, que o sistema de execução penal estabelecido pela Lei de Execução Penal exige, ao menos como regra geral, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se inicie a execução da pena”.

³²⁸ O art. 105 do Anteprojeto corresponde ao atual art. 105 da Lei n.º 7.210/1984. Cuida-se, outrossim, de redação que muito se assemelha ao art. 675 do Código de Processo Penal, pelo qual “Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena”. Trata-se, contudo, de dispositivo tacitamente revogado pela Lei de Execução Penal. Nesse sentido: SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de processo penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 962; PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1413; SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”³²⁹. Já no art. 163, “extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”³³⁰.

Regularmente processados junto ao Congresso Nacional, os três dispositivos acima referidos foram aprovados sem quaisquer modificações, convertendo-se nos arts. 105, 147 e 164 da vigente Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Do que se viu, mesmo anterior a Constituição de 1988, uma das previsões constantes na Lei de Execuções Penais foi, justamente, a exigência do trânsito em julgado como condição indispensável para aplicação da pena privativa de liberdade.

Não há como negar, pois, que ao estabelecer essas condições, o legislador produziu um modelo de execução penal que, ao menos no que toca ao cumprimento de pena, este somente se legitimaria após a expedição da competente guia de execução, a qual pressupunha a ocorrência do trânsito em julgado³³¹. Em outras palavras, é nítido que a Lei de Execução Penal não possibilita o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sem que, como condição

³²⁹ O art. 146 do Anteprojeto corresponde ao atual art. 147 da Lei n.º 7.210/1984.

³³⁰ O art. 163 do Anteprojeto corresponde ao atual art. 164 da Lei n.º 7.210/1984.

³³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 235; STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência: o *Habeas Corpus* 126.292, o *Habeas Corpus* 152.752 e a ADC 44. In: _____. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 318; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 125; MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125; KALIL, José Arthur di Spirito. Guia de recolhimento, mandado de prisão e início de execução penal. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.). *Execução...cit.*, p. 354; PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; _____. (Coords.). *Execução...cit.*, p. 90; SOUZA, José Barcelos de. *Execução...cit.*, p. 109; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 450; WUNDERLICH, Alexandre. *Muito além...cit.*, p. 510; CALEFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...cit.*, p. 129. Essa posição também é reconhecida por MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. (*Execução penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 308) que, ao tratar do art. 105 da Lei de Execução Penal, já deixava registrada a impossibilidade de execução provisória da pena, quando não ocorrido o “trânsito em julgado” de sentença penal condenatória, muito embora tratasse de prática generalizada: “não obstante a Lei de Execução Penal determine que a guia de recolhimento, instrumento do título executório, será expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105), alguns tribunais passaram a administrar e a disciplinar a expedição da guia de recolhimento provisória”.

para a expedição da guia de recolhimento, ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória³³².

2.2.2 A discussão do atual art. 5.º, LVII, da Constituição na Assembleia Nacional Constituinte de 1987

Muito embora as Constituições brasileiras anteriores a 1988 destinassem um capítulo aos direitos e garantias individuais, mediante, aliás, um rol meramente exemplificativo, até então nenhuma delas expressamente reconhecia a presunção de inocência enquanto garantia fundamental³³³. Ademais, se isso não fosse o bastante, todas as Constituições anteriores buscavam primeiro tratar das disposições referentes a estrutura organizacional do Estado para, só após, cuidar da regulamentação de direitos fundamentais.

Em termos históricos, a Constituição de 1891, promulgada no Império, previu em seu art. 78 que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Em mesmo sentido, a Constituição de 1934 fixou que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”, enquanto a Constituição de 1937 disciplinou que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

³³² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução...*cit., p. 309.

³³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 30; OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 39; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 91; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 216-217; OLIVEIRA NETO, Emérito Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *habeas corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 142. p. 147.

As Constituições de 1946 e 1967, em dispositivos de redação bastante similares, anunciaava no art. 144 e no art. 150, § 35, respectivamente, que “a especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”, bem assim que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Última norma de disciplina constitucional vigente antes da promulgação da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, imposta pela Ditadura Militar, assegurava no art. 153, § 36, que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”³³⁴.

Com a ruptura da Ditadura Militar instalada em 1964 e a realização das Diretas Já, iniciou-se o processo de redemocratização do Brasil e, com ela, a ideia de promulgação de uma Constituição que, efetivamente, refizesse o pacto político-social³³⁵, bem como acompanhasse às demandas então pleiteadas. Dentre as promessas da redemocratização assumidas por TANCREDO NEVES, eleito por voto indireto após o fim do regime militar, estava a elaboração de uma nova Constituição, conforme há muito ansiavam e esperavam os brasileiros³³⁶.

Com o inesperado falecimento de TANCREDO NEVES, internado às pressas dias antes, assume em seu lugar, o Vice-Presidente eleito JOSÉ SARNEY, cujo discurso de posse assume o compromisso de priorizar a população mais pobre, combater a inflação, assegurar os direitos humanos e implantar a reforma agrária. Para além disso, reconhecia-se, publicamente,

³³⁴ Sobre a existência da presunção de inocência, ainda que implicitamente no art. 153, § 36, sustentava MELLO FILHO, José Celso de (*Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 379) que “o réu não será considerado culpado sena após sentença penal condenatória irrecorrível. Esse direito do acusado, embora não conste expressamente do texto de nossa Carta Política, tem assento no preceito analisado. A lei não pode, em face desse princípio, atribuir à denúncia do MP consequências jurídicas apenas compatíveis com o decreto judicial de condenação definitiva. A punição preventiva é inconciliável com a presunção de inocência”.

³³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 75-76.

³³⁶ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 205.

que “o objetivo maior do nosso projeto nós o atingiremos com a realização da Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, aspiração legítima de toda a sociedade”³³⁷.

Em exercício na Presidência da República, JOSÉ SARNEY, dando sequência aos planos de TANCREDO NEVES, convoca uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta por quarenta e nove membros pertencentes aos mais diversos setores da sociedade³³⁸ e cujo objetivo era a elaboração de um anteprojeto da Constituição, cuja base pudesse resgatar a democracia e os direitos cerceados com o regime militar. Inicia-se, assim, no dia 20 de agosto de 1985 a Comissão AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, seu líder e presidente, estabelecendo-se a “Comissão de Notáveis”, como ficou conhecida no período³³⁹.

Após um ano de reuniões, no dia 7 de setembro de 1986 é entregue um anteprojeto contendo 486 artigos, trazendo, no Capítulo II, denominado “Dos Direitos e Garantias”, mais precisamente no art. 43, § 7.º, a proposta de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos expressos em lei”, bem como de que “presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”. Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, é inserida uma cláusula que reconhecia a presunção de inocência como direito fundamental³⁴⁰.

Apesar do reconhecimento da presunção de inocência enquanto garantia fundamental na Comissão “Afonso Arinos”, a doutrina acabou, no entanto, criticando o dispositivo já que este acabou acolhendo não só uma fórmula muito ampla, como também revelava um certo grau de imprecisão conceitual, circunstâncias que poderiam, não sem razão

³³⁷ PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987. p. 16-17.

³³⁸ Segundo dados catalogados por PEREIRA, Osny Duarte (op. cit., p. 25), entre os quarenta e nove membros da comissão, trinta eram advogados, cinco eram empresários, quatro eram sociólogos, três eram jornalistas, dois eram economistas, dois eram religiosos, um era escritor profissional e um era médico. Quanto ao aspecto político, seis eram de direita, oito de centro-direita, quinze de centro, treze de centro-esquerda e sete de esquerda.

³³⁹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...cit.*, p. 208-209; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...cit.*, p. 453.

³⁴⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 217.

a nosso ver, comprometer a sua aplicabilidade³⁴¹. O que, afinal, significaria “declaração judicial de culpa”? Cuidar-se ia de sentença penal transitada em julgado ou estar-se-ia diante de uma sentença proferida por juiz de 1^a instância? A redação do dispositivo, pelo seu teor, lamentavelmente não permitia respostas certas a esses questionamentos, deixando ao alvedrio dos intérpretes, notadamente dos juízes e Tribunais, a definição de seu conteúdo e alcance.

Muito embora a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais tenha atingido o desiderato proposto, o Governo de JOSÉ SARNEY acabou por dar ao trabalho elaborado o tratamento não de um Anteprojeto, mas de relatório ou documento, de modo que ao invés de remetê-lo a futura Constituinte, já convocada por meio da Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, preferiu enviá-lo, por despacho, em 24 de setembro de 1986, ao Ministério da Justiça, onde possivelmente acabou arquivado³⁴².

Foi assim que, instalada a Assembleia Nacional Constituinte no dia 1.^º de fevereiro de 1987, composta por 487 deputados e 72 senadores, reunidos unicameralmente e eleitos para o objetivo definido de redigir a nova Constituição do Brasil, iniciaram-se as discussões do que viria a ser a Constituição de 1988³⁴³. Apesar do início difícil, já que inexistia um anteprojeto a servir de norte aos congressistas, decidiu-se pela criação de oito grandes comissões, compostas por 63 membros e igual número de suplentes, chamadas temáticas, as quais se ocupariam de estruturar as disciplinas necessárias ao texto constitucional, compostas, cada qual, por três subcomissões temáticas³⁴⁴. Além das oito comissões, instituiu-se, ainda uma Comissão de Sistematização, integrada por 49 membros e 49 suplentes, a qual posteriormente viu sua composição ser complementada com os presidentes e relatores das demais comissões e

³⁴¹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 210.

³⁴² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...*cit., p. 453-454.

³⁴³ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 211; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...*cit., p. 454.

³⁴⁴ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 211; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 217; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...*cit., p. 457.

submissões³⁴⁵ e cujo objetivo era o de reunir as conclusões de cada grupo, analisar e redefinir as em um único documento, estruturando-as em seções, títulos e capítulos³⁴⁶.

Das oito comissões temáticas criadas na Assembleia Nacional Constituinte, a mais próxima à presunção de inocência era a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, composta por três comissões, a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias e a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais³⁴⁷. Incumbiu-se justamente a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais a responsabilidade de elaborar a melhor fórmula para a presunção de inocência, segundo os interesses políticos à época, já que, a depender da redação do dispositivo, poderia representar uma escolha do indivíduo frente a repressão pública do Estado e, consequentemente, na própria proteção e defesa da sociedade³⁴⁸.

Essa subcomissão apresentou, então, em 25 de maio de 1987, a primeira proposta de redação no anteprojeto³⁴⁹ e, ainda que com uma técnica menos apurada³⁵⁰, disciplinou no art. 1.º, § 11, que “são direitos e garantias individuais”, “considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁵¹. Encaminhada a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, foram apresentadas emendas ao anteprojeto da submissão, dentre as quais a Emenda Modificativa n.º 100627-4, de 20 de maio de 1987, de lavra da constituinte ANNA MARIA RATTES (PMDB/RJ), cuja propositura foi aprovada e pelo qual propugnava-se a modificação da redação apresentada pela subcomissão a fim de que, invés de prever que “Considera-se inocente todo cidadão”, constasse “Considera-

³⁴⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História...*cit., p. 457.

³⁴⁶ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 211-212. Como observa BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de (*História...*cit., p. 457), “a Comissão de Sistematização se tornou numa determinada fase dos trabalhos constituintes, nomeadamente durante o primeiro ano de seu funcionamento, a mais poderosa de todas, com uma extraordinária ascendência política na condução da feitura do projeto”.

³⁴⁷ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 215.

³⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 215.

³⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 217.

³⁵⁰ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 215.

³⁵¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 217; CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...*cit., p. 215.

se inocente todo indivíduo, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Segundo ela, “visando atender ao espírito do que se estabeleceu, impõe-se lembrar que o conceito de cidadão é mais restrito que o de pessoa ou indivíduo, dado que supõe a titularidade ou preenchimento de direitos e condições de natureza política”. Isso porque, defendeu, “os direitos que se cogita na norma emendada são direitos individuais, abrangendo todas as pessoas, cidadãs ou não, que se encontrem sob o império da lei brasileira”³⁵².

Na mesma subcomissão, o constituinte BONIFÁCIO DE ANDRADA (PDS/MG) propôs a Emenda Substitutiva n.º 1S0670-6, de 9 de junho de 1987, sugerindo que a redação do dispositivo que trava da presunção de inocência dispusesse que “presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”³⁵³. Essa proposta acabou sendo recusada e, finalizado o trâmite na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, o dispositivo consolidou-se no art. 3.º, XIX, g, segundo o que “são direitos e liberdades individuais invioláveis”, “a segurança jurídica”, “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”³⁵⁴.

Encaminhado o anteprojeto a Comissão de Sistematização, o dispositivo, como era de se esperar, acabou recebendo algumas propostas de Emenda de Plenário. Entre as rejeitadas, é possível mencionar a Emenda Supressiva n.º 1P09428-3, de 7 de agosto de 1987, pelo qual a constituinte NAPHTALI ALVES DE SOUZA (PMDB/GO) sugeria a supressão de inúmeros direitos fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência, sob a alegação de que “cabe à Constituição somente assegurar, em destaque, os direitos individuais, sendo sua regulamentação competência de lei ordinária”. A ideia, contudo, foi rejeitada, sob o argumento de que “a amplitude e a diversificação dos direitos contidos nos dispositivos em apreço

³⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5.º da Constituição de 1988*. Brasília: Edições Câmara, 2013. p. 570.

³⁵³ Idem, *ibidem*, p. 272.

³⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 272.

desaconselham a medida proposta na emenda³⁵⁵. Outra emenda rejeitada foi a Emenda Substitutiva n.º 1P16855-4, de 13 de agosto de 1987, de autoria do constituinte BONIFÁCIO DE ANDRADA que, novamente, repropôs emenda já rejeitada e de idêntico teor pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.

Em contraposição, uma das emendas que acabou ganhando destaque foi a Emenda Substitutiva n.º 1P11802-6, de 12 de agosto de 1987, de autoria do constituinte JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA (PMDB/ES), pelo qual sugeriu-se nova escrita ao dispositivo que cuidava da presunção de inocência, a fim de que sua redação constasse “presume-se a inocência do imputado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Dentre as justificativas³⁵⁶,

Nos melhores dicionários, como por exemplo o de Aurélio, lê-se que “imputação” é ato ou efeito de imputar, ou seja, responsabilidade pessoal ou inculpação com ou sem fundamento.

O mesmo dicionarista dá à palavra “acusado”, além do sentido comum de incriminar, increpado e acoimado, uma significação técnica. De fato, no direito judiciário penal, acusado se diz o réu em processo-crime.

Leid Soilbeman em seu trabalho Enciclopédia do Advogado, diz no verbete acusado, no Direito Processual Penal, pessoa a quem se atribui a prática de infração penal, seja por parte do Ministério Público através da denúncia, seja pelo ofendido por meio da queixa.

Por consequência, o réu é aquele contra quem é movida a ação em Juízo. Passa a significar o autor de uma infração penal. É por isso o uso da expressão latina *in dubio pro reo*.

Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu Dicionário de Direito Penal diz no verbete que acusado é o que a palavra significa: aquele contra quem há uma acusação de prática ou infração penal. Se nominiza corréu. É o mesmo que “denunciado” ou “pronunciado”. É o termo de sentido mais geral e que dói menos ao ouvido da pessoa humana.

Os que lidam no mundo enfermo da justiça penal – prossegue o mesmo autor – hão de ter sempre presente em seu espírito que estão tratando com pessoas feridas pela vida, pela brutalidade do cotidiano. Há que escolher palavras, há que tratar com maior cuidado; porque um olhar mais duro, uma voz mais carregada, tudo é dissonância para a alma sensível e doente do que está diante da pessoa do juiz. Todo réu é um humilhado e um ofendido pela própria vida. O tratamento cordial dispensado ao réu é um dever de todos que lavramos a terra escaldante, o chão de espinhos de uma sala de audiências criminais.

Noutra passagem do mesmo Eliezer Rosa afirma que em processo penal, a palavra réu queima e fere.

O comando de identificação criminal, imposta pelo Código do Processo Penal, em seu art. 6º, item VIII, obriga a autoridade policial a ordenar a identificação

³⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção...cit.*, p. 1002-1003.

³⁵⁶ Idem, ibidem, p. 1059-1060.

do indiciado. Muitas vezes essa identificação, diversa da identificação civil, ocorre ainda quando se trata de mero acusado, e contra o qual não transitou em julgado qualquer sentença condenatória.

Em vista do acima, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 568, já estabeleceu: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente. Essa posição em torno do constrangimento ao identificado perante as autoridades, levou a que se excluísse a identificação criminal, mas infelizmente esta posição veio a ser revista, e por consequência, aplica-se no Brasil o comando do Código de Processo da ditadura Vargas, no particular, muito mais exigente de que o Código de Processo Penal Militar (art. 391, § 1º).

Enfim, esta emenda substitutiva não se destina apenas a troca da palavra acusado, pela de imputado.

A segunda forma consta da Constituição da República da Itália: o imputado não é considerado réu até a condenação definitiva.

É necessário que ao lado da proclamação do esquecido direito de que é presumir-se sempre a inocência do cidadão, sejam afastadas as interpretações judiciárias, e revistas a legislação que permite ao poder público cometer verdadeiras violências, contra o cidadão indefeso, que não é apenas imputado de uma falta, mas que considera, de antemão, réu e crime, e como tal é tratado desde a identificação criminal, além dos corretivos e das torturas que se aplicam nas prisões brasileiras, onde a violação dos direitos do cidadão é o pão nosso de cada dia.

Não se luta por um aprimoramento apenas de linguagem. O que se quer é que numa democracia participativa o cidadão se sinta garantido em sua integridade física e moral, e só após o devido processo legal, e esgotados os recursos da lei, possa a vir a ser identificado criminalmente, chamando de réu querelado, ou outra expressão do Direito Processual Penal, mas nunca, e desde logo, designado como acusado, dando sempre a conotação de culpa presumida.

A emenda em questão agradou de tal modo os constituintes que acabou aprovada pela Comissão de Sistematização, sendo, posteriormente, objeto da Emenda Modificativa nº 1P11998-7, também de 12 de agosto de 1987 e de autoria JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA (PMDB/ES), ao final aprovada, a fim de que a redação do dispositivo constasse que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” no lugar de “presume-se a inocência do imputado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Segundo a justificativa apresentada, “a proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a denominada ‘presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”³⁵⁷.

³⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção...cit.*, p. 1062-1063.

Após a aprovação da emenda apresentada pelo constituinte JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA e o encaminhamento da proposta ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, a Comissão de Redação, em reuniões realizadas nos dias 19 e 20 de setembro de 1988, finalmente chegou a atual redação da Constituição de 1988, dispendo, no art. 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁵⁸, a qual mantém-se ainda hoje³⁵⁹.

A reconstrução acima elaborada, longe de fazer apenas um mero retrospecto histórico, demonstra que a redação dada ao art. 5.º, LVII, da Constituição buscou resguardar todo o conteúdo e força juspolítica existente na presunção de inocência³⁶⁰, além de estabelecer, dentre as várias opções possíveis e submetidas a análise da Assembleia Nacional Constituinte, a exigência do “trânsito em julgado” como requisito indispensável para que a condição de inocente ou não culpado do indivíduo, pudesse ser suplantada no curso da persecução penal.

Em outras palavras, muito embora os constituintes pudessem ter reconhecido a proposta de que “presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”, conforme propôs BONIFÁCIO DE ANDRADA ou, inclusive, nem mesmo prever a garantia da presunção de inocência, deixando a critério da lei ordinária a eventual regulamentação dessa garantia, tal qual defendido pela constituinte NAPHTALI ALVES DE SOUZA, o Plenário da Assembleia Nacional Constituinte expressamente optou em estabelecer um critério técnico-objetivo para que a inocência do indivíduo fosse afastada em decorrência de investigação ou da ação penal: o decurso do “trânsito em julgado”³⁶¹. Isto é, na disputa política entre o dever do Estado de proteger a sociedade e a garantia do indivíduo, a escolha do constituinte foi assegurar os direitos e garantias individuais em detrimento de um interesse coletivo³⁶², motivo pelo qual,

³⁵⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção...* cit., p. 1062-1063.

³⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...* cit., p. 220; CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado...* cit., p. 216.

³⁶⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...* cit., p. 220.

³⁶¹ Sobre o significado técnico de “presunção de inocência”, consultar, *infra*, item 2.6.1

³⁶² ODON, Tiago Ivo. *O modelo de justiça criminal no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 226.

segundo MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, o processo deve assegurar “todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente, não podendo considerar ninguém culpado até que a sentença condenatória tenha transitado em julgado”³⁶³.

2.2.3 A modificação do art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 12.403/2011

Com a edição da Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000, o então Ministro da Justiça JOSÉ CARLOS DIAS, constituiu uma Comissão, integrada pelos professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, PETRÔNIO CALMON FILHO, os dois primeiros presidente e secretário, respectivamente, além de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, MIGUEL REALE JÚNIOR, NILZARDO CARNEIRO LEÃO, RENÉ ARIEL DOTTI, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e SIDNEI BENETTI para, no prazo de noventa dias, apresentarem propostas de reforma do Código de Processo Penal.

No dia 8 de março de 2001 é apresentado pelo Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, o texto do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, acompanhado da Exposição de Motivos, cujo objeto era a alteração “de dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências”, implicando na alteração de vinte e seis artigos do Código de Processo Penal.

De acordo com a Exposição de Motivos apresentada, a proposta sistematizava e atualizava o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, de modo a “superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema”. Desse modo, destacou-se no projeto, “as novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais

³⁶³ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso...cit.*, p. 31.

atinentes à prisão e à liberdade provisória e coloca-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal”³⁶⁴.

As sugestões advindas do Poder Executivo implicavam em uma série de alterações no Código de Processo Penal, proporcionando-se não apenas o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares, o aumento do rol das medidas cautelares e a manutenção da prisão preventiva genérica, mas sobretudo, “a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”³⁶⁵.

A ideia da comissão de juristas era o de, estabelecidos os critérios gerais de aplicação das medidas cautelares, indicar que seriam admitidas apenas quatro modalidades de prisão no ordenamento pátrio: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e, finalmente, a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado³⁶⁶. Aliás, sobre o tema, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional,

Fora do âmbito da prisão cautelar, só é prevista a prisão por força de sentença condenatória definitiva. Com isso, revogam-se as disposições que permitiam a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, objeto de crítica da doutrina porque representavam antecipação de pena, ofendendo o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da Constituição Federal). Nesses casos, a possibilidade de prisão fica reconduzida às hipóteses de preventiva³⁶⁷.

Com o intuito de alcançar a proposta indicada pela comissão de juristas, sugeriu-se, então, a revogação dos artigos 393³⁶⁸, 594³⁶⁹, 595³⁷⁰ e parágrafos do art. 408 do Código de

³⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 56, n. 41, p. 9542, 30 mar. 2001.

³⁶⁵ Idem, p. 9543.

³⁶⁶ Idem, p. 9543.

³⁶⁷ Idem, p. 9543.

³⁶⁸ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

³⁶⁹ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

³⁷⁰ Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

Processo Penal³⁷¹, definindo “que toda prisão antes do trânsito em julgado somente pode ter o caráter cautelar”. A justificação encontrada pela comissão era deveras simples: “a execução ‘antecipada’ não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito”³⁷².

Foi a partir daí que surgiu a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, hoje em vigor, pelo 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”.

Com o encaminhamento da proposta legislativa à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), o Relator, Deputado Federal IBRAHIM ABI-ACKEL, manifestou-se no sentido de que o projeto é “por todos os títulos recomendável a sua aprovação”, levando a aludida comissão, por maioria, a exceção do voto do Deputado Federal LUIZ ANTONIO FLEURY (PTB/SP)³⁷³, a acolher integralmente a proposta de reforma do Código de Processo Penal. Segundo o relator, aliás, no que toca à execução provisória da pena,

Constrói o projeto novo e amplo sistema de regras sobre a prisão, as medidas cautelares e a fiança, especificando as circunstâncias que as justificam. Estas terão lugar em casos previstos, destinados a assegurar a aplicação da lei penal e a prevenir a prática de novas infrações criminais. São enunciadas com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, “a garantia da ordem pública” e a “garantia da ordem econômica”, substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam. Ainda em consequência dessa

³⁷¹ Art. 408. (...) § 2.º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

³⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 56, n. 41, p. 9542, 30 mar. 2001.

³⁷³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 57, n. 18, p. 8122, 14 mar. 2002. Ao se manifestar contrário a proposta do Poder Executivo, o Dep. Luiz Antonio Fleury ressaltou, em voto vencido, que a proposta de alteração do art. 283 do Código de Processo Penal para a abolição da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou em virtude de pronúncia seria “paradoxal”, “justo quando a sociedade brasileira mais reclama por resposta, mergulhada que está em crescente e insuportável criminalidade”. Daí sua crítica no sentido de que “o princípio constitucional da presunção da inocência não pode ser erigido à condição de dogma para impor a fragilização do Estado ante criminosos violentos”.

enumeração revogam-se as disposições autorizativas da prisão em decorrência da sentença de pronúncia ou de sentença condenatória, objeto de justa crítica da doutrina por constituírem antecipação da pena, ofensiva ao princípio constitucional da presunção de inocência. (...)

Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos arts. 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito³⁷⁴.

Submetida a análise do Plenário da Câmara dos Deputados, restou então apresentada no dia 3 de julho de 2007 a Emenda Substitutiva Global n.º 1 ao Projeto de Lei n.º 4.208/2001³⁷⁵, de autoria do Deputado Federal JOÃO CAMPOS (PRB/GO), mantendo-se, no entanto, a íntegra e as redações dos dispositivos que expressamente proibiam o cumprimento antecipado da pena.

Submetida novamente à análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a emenda recebeu parecer favorável da comissão, conforme voto de relatoria do Deputado Federal JOSÉ EDUARDO CARDozo (PT/SP), que o considerou constitucional³⁷⁶ e, finalmente, no dia 25 de junho de 2008 a proposta legislativa era aprovada no Plenário da Câmara, submetendo-o, na sequência, a apreciação do Senado Federal.

Ao receber o Projeto de Lei n.º 4.208/2001 no Senado, o Senador ÁLVARO DIAS (PSDB/PR) apresentou dez emendas de modificação a proposta, dentre as quais, e no que interessa a presente pesquisa, uma tendente a modificar o art. 283 do Código de Processo Penal, tal qual fixado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Ao apreciar as sugestões, no entanto, o Senador DEMÓSTENES TORRES (DEM/GO), relator do projeto, apesar de ter apresentado outra emenda substitutiva ao projeto legislativo, expressamente rejeitou as ideias do Senado ÁLVARO DIAS, salientando que, no tocante à prisão,

³⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 57, n. 18, p. 8121, 14 mar. 2002

³⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 62, n. 122, p. 33897, 4 jul. 2007.

³⁷⁶ Idem, p. 33901.

“de acordo com o projeto e com a ordem constitucional vigente, é exceção e não regra. A prisão preventiva somente será decretada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar, e não o contrário”. Desse modo, tendo em vista que “redação do caput repete o texto constitucional. A forma pretendida pelo Senador Álvaro Dias poderia incorrer em vício de inconstitucionalidade”, restando mantida a redação do art. 283, tal qual aprovada na Câmara³⁷⁷.

Submetida à apreciação do Senado Federal, foram apresentadas novas emendas ao Projeto de Lei n.º 4.208/2001, tratando, sobretudo, das medidas cautelares e disciplinando a prisão especial. Ao encaminhar a análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o Senador DEMÓSTENES TORRES manifestou-se pelo acatamento da maioria delas, as quais, no entanto, tratavam exclusivamente sobre a prisão especial. O art. 283 do Código de Processo Penal, mais uma vez, saía ilesa da análise do Plenário do Senado Federal, bem assim a revogação dos arts. 393, 594, 595 e dos parágrafos do art. 408³⁷⁸

Com o encaminhamento à Câmara dos Deputados por conta das modificações promovidas pelo Senado Federal, o Projeto de Lei n.º 4.208/2001 retornou à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ocasião em que o relator, Deputado Federal JOSÉ EDUARDO CARDOZO manifestou-se contrário a diversas modificações promovidas pelo Senado³⁷⁹. Entretanto, a proibição da execução provisória da pena, constante no art. 283 do Código de Processo Penal, permaneceu incólume, posição que, inclusive, restou adotada pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCOO), representada pelo voto do Deputado Federal JOÃO CAMPOS³⁸⁰.

No dia 7 de abril de 2011, após dez longos de tramitação do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, o Substitutivo aprovado pelo Senado Federal foi finalmente levado a votação no

³⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*: Brasília, DF, ano 64, n. 28, p. 5218, 18 mar. 2009.

³⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*: Brasília, DF, ano 64, n. 39, p. 8272, 2 abr. 2009.

³⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 65, n. 87, p. 27491-27516, 10 jun. 2010.

³⁸⁰ Idem, p. 27468-27489.

Plenário da Câmara dos Deputados, ocasião em que, mantidas algumas modificações realizadas pelo Senado, restou o projeto integralmente aprovado, sem qualquer objeção a nova redação do art. 283, constante no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, bem como revogados os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408, todos do Código de Processo Penal, fixando-se as hipóteses cabíveis de prisão no ordenamento pátrio, bem como vedando-se, a partir da norma infraconstitucional, a execução provisória da pena. Em 4 de maio de 2011, a Presidente DILMA ROUSSEFF sanciona a Lei n.º 12.403, sem opor quaisquer vetos.

A partir da vigência da Lei n.º 12.403/2011, a doutrina passou a inadmitir quaisquer modalidades de prisão³⁸¹, senão aquelas expressamente previstas no art. 283 do Código de Processo Penal, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado³⁸², rendendo a essa posição, inclusive, autores que, antes da edição da norma, entendiam partidários da execução provisória da pena³⁸³.

³⁸¹ Não se ignora que, para além das hipóteses de prisão estabelecidas no art. 283 do Código de Processo Penal, o ordenamento pátrio admite outras modalidades de prisão, tais como a prisão preventiva para fins de extradição (art. 84, § ú., Lei n.º 6.815/1980), prisão civil do não pagador de alimentos (art. 528, § 7.º, CPC) e a prisão disciplinar militar (art. 142, CF). Entretanto, por conta da delimitação temática que adotada na presente pesquisa, tais modalidades não serão abordadas, ficando, entretanto, o seu registro.

³⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares. Princípios constitucionais*. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011. p. 37; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 453; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 115; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 283 do Código de Processo Penal*. In: _____; MARQUES, Ivan Luís (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 97; STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63; STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...cit.*, p. 322; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...cit.*, p. 14; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...cit.*, p. 41; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso...cit.*, p. 594; RANGEL, Paulo. *Direito...cit.*, p. 803; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...cit.*, p. 122; PACELLI, Eugênio. *Curso...cit.*, p. 498-499; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...cit.*, p. 1001. GRECO FILHO, Vicente (*Manual...cit.*, p. 297) destaca a importância da Lei n.º 12.403/2011 por “tratar a prisão processual dentro do conceito de cautelaridade, em que devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, definido expressamente no art. 282”.

³⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. (*Execução...cit.*, p. 307) destaca que “as modificações recentes do Código de Processo Penal afastaram expressamente as regras que ainda previam a prisão do réu como efeito natural da sentença ou acórdão condenatório recorríveis. De acordo com a lei vigente, antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, o recolhimento do réu à prisão somente pode ocorrer em face da decretação de sua prisão preventiva. Buscando tornar expressa e clara a natureza cautelar de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, a Lei n.º 12.403, de 4-5-2011, conferiu ao art. 283 a sua atual redação”. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas (*Comentários...cit.*, p. 555-556) ressaltam que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena. Antes dela (da Lei

2.3 Presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos

O reconhecimento vinculativo e à defesa dos direitos humanos na perspectiva internacional, é resultado das atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), período histórico no qual a comunidade internacional percebeu a necessidade de que a tutela dos direitos fundamentais não poderia ser deixado apenas sob a responsabilidade das nações, mas, sobretudo, de tornar-se uma pauta impositiva dos organismos internacionais³⁸⁴.

Com a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, inicia-se a discussão e o desenvolvimento de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, buscando não só positivar e reconhecer os direitos humanos, mas, ainda, vinculá-los aos Estados-membros. Em 10 de dezembro de 1948 é, finalmente, proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, muito embora não tivesse força de lei, tinha força vinculativa por ressaltar em seu teor princípios gerais do direito, considerados indispensáveis para o reconhecimento da dignidade de qualquer ser humano³⁸⁵, bem como assentar uma base axiológica universal de respeito e proteção³⁸⁶.

n.º 12.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória. No entanto, pensamos que a previsão legal da imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da impossibilidade concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias. Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória". Em sentido contrário, PAULINO, Galtiênio da Cruz (*A execução...*cit., p. 40-41) defende o cabimento da execução provisória, dizendo que "essa interpretação é possível com base na análise conjunta dos incisos LVII e LXI do art. 5.º da Constituição Federal. Enquanto o primeiro impõe que a presunção de inocência só será afastada com o trânsito em julgado, não vedando a prisão; o segundo estabelece os casos em que é admitida a prisão em nosso ordenamento jurídico (1- flagrante delito; 2- por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente) (...). Desse modo, o art. 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com a interpretação atual da presunção de inocência, resultante da mutação constitucional descrita. Por conseguinte, é inadmissível que uma norma infraconstitucional, como o referido dispositivo, restrinja a incidência de preceitos constitucionais".

³⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 179; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 33. Sobre o tema, PIOVESAN, Flávia (*Direitos...*cit., p. 57) anota que "em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva".

³⁸⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 180.

³⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 4.

No que toca à presunção de inocência, dispôs a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 11.1, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”³⁸⁷.

Em 16 de dezembro de 1966, em Nova Iorque, também ligado a Organização das Nações Unidas, após dezoito anos de trabalhos³⁸⁸, firma-se mais um diploma internacional, cujo objetivo era internacionalizar à proteção dos direitos humanos³⁸⁹. Surge, assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, prescrevendo no art. 14.2 que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Em 6 de julho de 1992 é, finalmente, internalizado no ordenamento brasileiro mediante o Decreto Legislativo n.º 592.

No âmbito regional, com o surgimento da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 30 de abril de 1948, é elaborado no seio das nações americanas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 prevendo, em seu art. 8.2 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”³⁹⁰. Esse tratado foi, posteriormente, incorporado a legislação nacional³⁹¹ mediante o Decreto Legislativo n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

³⁸⁷ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 20.

³⁸⁸ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção...*cit., p. 37.

³⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 4.

³⁹⁰ Cuida-se de redação semelhante ao quanto previsto no art. 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950, pelo qual “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, algo que para CHIAVARIO, Mario (La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In: *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2, p. 80) “consente non solo di dare alla presunzione d’innocenza un piedistallo di indiscutibile prestigio per riconoscervi un principio-cardine nella costruzione e nello sviluppo delle garanzie processuale”.

³⁹¹ No que toca a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo ordenamento nacional, sobreleva observar que sua adesão se deu não no período da Ditadura Militar (1964-1985), mas no ano de 1992, quando já em vigor a Constituição de 1988. Sobre o tema, a propósito, esclarece MORAES, Maurício Zanoide de (*Presunção...*cit., p. 183) que, “o governo brasileiro resistiu a apoiar um sistema americano de proteção aos direitos humanos, preferindo apoiar um único sistema global já existente. Nos encontros e trabalhos preparatórios para aquela Convenção Americana, ocorridos no curso da década de sessenta, a postura política brasileira não se

2.3.1 A controvertida questão da hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento pátrio

Com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico nacional houve inegável ampliação da proteção advinda com a cláusula assecuratória da presunção de inocência. Para além da disposição já constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, o art. 8.º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos acabou por estender esse direito³⁹², implicando em uma série de discussões acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Até a edição da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, que incluiu o § 3.º no art. 5.º da Constituição³⁹³, a Constituição de 1988 não disciplinava a forma como os tratados de direitos humanos deveriam ser incorporados à ordem interna. Sobre o tema,

afastava da defesa intransigente dos direitos humanos, porém resistia a aderir incondicionalmente a futuro conteúdo material do texto e a se submeter à hierarquia da Corte Interamericana que se anuncjava. A solução de consenso foi uma participação ativa do Brasil em referida Convenção, atestando sua tradicional postura pela defesa dos direitos humanos, mas ressalvando sua ‘eventual adesão’ ao texto final e, também, em aceitar a hierarquia da Corte Interamericana sob o argumento de que poderia haver conflito com a Constituição Brasileira então vigente”.

³⁹² A adoção do Pacto de São José da Costa Rica impulsionou, inclusive, a retomada da discussão que se tinha quanto as terminologias “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”. Enquanto alguns doutrinadores, como GOMES FILHO, Antonio Magalhães (Presunção de inocência: princípios e garantias. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 126) sustentavam que muito embora o constituinte não tenha “consagrado uma verdadeira presunção de inocência, limitando-se a declarar uma ‘não culpabilidade’ de extensão e efeitos menos abrangentes (...), tal argumento deixou de ter autoridade entre nós, desde que o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (...) É que o referido tratado internacional, cujos preceitos têm o mesmo valor que as disposições constitucionais de garantia de direitos fundamentais (...). Assim, além de reforçar a disposição interna do art. 5.º, inc. LVII, que já consagrava a presunção de inocência, ainda que sob a redação negativa de não-culpabilidade, a regra internacional, por sua amplitude e de acordo com a formulação tradicional, afasta qualquer dúvida que possa existir sobre o alcance da proteção conferida pela Constituição ao acusado no processo penal”, outros, como BASTOS, Marcelo Lessa (*Processo...cit.*, p. 24), defendiam a posição de que “é bem verdade que o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8.º, 2, toma a presunção sob o ângulo da inocência. No entanto, ainda que, com base no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal, se possa conferir status de norma constitucional aos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45 e sem observar as exigências do atual art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, introduzidas pela referida Emenda), tem-se que, no caso em exame, há conflito entre os textos da Constituição e do Tratado, a primeira tomando a presunção de inocência sob o ângulo da não-culpabilidade e o segundo tomando-a sob o ângulo da inocência, devendo preponderar o Direito Interno que, neste ponto, não é omissivo, não havendo porque se buscar o complemento no Direito Internacional permitido pelo já citado § 2.º, do art. 5.º, procedimento que só se justifica em face da não previsão expressa de um direito fundamental no corpo da Carta Magna”.

³⁹³ Art. 5.º. (...) § 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

alguns autores já divergiam, ora sustentando que o Brasil teria adotado a teoria monista ou sistemática da incorporação automática³⁹⁴, pelo qual a ratificação dos tratados produziria efeitos concomitantes no direito internacional e internacional, ora defendendo-se a teoria dualista ou sistemática da incorporação legislativa³⁹⁵, pelo qual seria indispensável a tramitação de projeto de lei especial, moldados a partir da convenção internacional³⁹⁶.

Seja como for, essa discussão perde sentido hoje, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica encontra-se incorporado junto ao Direito brasileiro, tendo sido aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, o que redundou no Decreto Legislativo n.º 678/1992³⁹⁷. A controvérsia que se lança é, pois, a seguinte: qual é a hierarquia normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos?

Isso porque, como já mencionado, com a inclusão do § 3.º no art. 5.º da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a aprovação, por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, assegura aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a hierarquia de Emenda Constitucional. Entretanto, como fica a situação dos tratados anteriormente incorporados ao ordenamento pátrio, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica?

³⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 140.

³⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 140.

³⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 66. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo (*A Convenção...*cit., p. 90) era adepta da teoria monista, sustentando que “o Brasil adota o sistema monista de introdução de regras de direitos internacional na legislação interna. O decreto legislativo de aprovação do texto, bem como o decreto de promulgação que assinala o início da vigência do tratado no ordenamento interno, não traduzem a necessidade de edição de lei ordinária que reitere os termos do tratado”. Em sentido contrário, Flávia (A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; _____. (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 158) sustenta que “o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional”.

³⁹⁷ De acordo com BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 396), “não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.

Vários autores se dividiram sobre a matéria e não raras vezes, foi possível encontrar debates bastante acalorados, inclusive dentro do próprio Supremo Tribunal Federal. Em síntese, é possível mencionar pelo menos quatro posições acerca da hierarquia dos tratados de proteção aos direitos humanos: aquela que defende a hierarquia supraconstitucional dos tratados; a que sustenta a paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a lei federal; aquela que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e, finalmente, a que defende a hierarquia constitucional desses tratados.

A primeira posição, qual seja, a de os tratados internacionais ocupam natureza supraconstitucional, foi defendida por, dentre outros autores, HILDEBRANDO ACCIOLY e CELSO RENATO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO, para quem o Direito Internacional seria superior ao Estado, mantendo, assim, uma supremacia perante o direito interno. Isso seria derivado, segundo essa corrente, de um princípio superior à vontade dos Estados, cabendo ao Estado o dever de respeitar suas obrigações contratuais, bem como vedando-o de as revogar³⁹⁸. No conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional, o último prevalecia³⁹⁹.

A segunda corrente, engendrada por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ALEXANDRE DE MORAES e JOSÉ FRANCISCO REZEK, sustentavam a paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a lei federal⁴⁰⁰. Foi inicialmente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal quando,

³⁹⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 5; ALBUQUERQUE MELLO, Celso Renato Duvivier de. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25. No direito extranjero, CAMPOS, Germán J. Bidart (*Teoría general de los derechos humanos*. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 362) afirma que “si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado — cada una en su situación histórica — en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos de objetar (de *leye ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución”.

³⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 115.

⁴⁰⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 132; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 304-305. REZEK, José Francisco (*Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 103), defende que “a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico”.

em 1.º de julho de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE, que teve como relator para o acórdão o Min. CUNHA PEIXOTO, decidiu-se que os tratados internacionais estariam em paridade com a lei federal, tendo, portanto, a mesma hierarquia. Para tanto, sustentou-se que o tratado, ao ser convertido em lei, “pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira”. Em sentido contrário, mas vencido, o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, entendeu que “a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna”⁴⁰¹.

Essa posição, apesar de ter encontrado ampla maioria dentro do Supremo Tribunal Federal, foi duramente criticada por alguns autores, diante da afronta ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pelo qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Isso significa que, apenas e tão somente por meio do ato de denúncia, o Estado poderia retirar-se de dado tratado internacional e, consequentemente, deixar de obedecer às cláusulas lá estabelecidas⁴⁰².

Essa posição perdurou décadas até que, finalmente, em 3 de dezembro de 2008, no julgamento conjunto do RE n.º 466.343/SP, de relatoria do Min. CEZAR PELUSO e do HC n.º 87.585/TO, de relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao analisar a prisão civil do depositário infiel, reconheceu o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Prevaleceu a posição defendida pelo Ministro GILMAR MENDES, pelo qual “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém

⁴⁰¹ Na ocasião, com exceção do voto do Min. Xavier de Albuquerque, todos os demais Ministros, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu, Rodrigues Alckmin, Antônio Neder, Bilac Pinto, Thompson Flores e Eloy Rocha, acompanharam o voto divergente de Cunha Peixoto, que ficou como relator para o acórdão. Tanto o Min. Moreira Alves, quanto o Min. Djaci Falcão não tomaram parte no julgamento, encontrando-se o primeiro, na ocasião, impedido.

⁴⁰² PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 115.

acima da legislação interna". Segundo ele, "o *status* normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, (...), torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão".

Em posição contrária, muito embora reconhecendo a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, o Min. CELSO DE MELLO sustentou em seu voto a hierarquia constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, inaugurando a quarta corrente atinente ao tema. Segundo defendido em Plenário, os tratados internacionais de direitos humanos, na ordem positiva interna, assumem qualificação constitucional e, mesmo as convenções internacionais em matéria de direitos humanos celebrados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2005, "revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade".

Essa tese já havia sido, anteriormente, defendida por FLÁVIA PIOVESAN, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, LUIZ FLÁVIO GOMES e CELSO LAFER, para quem, por força do § 2.º do art. 5.º da Constituição⁴⁰³, independentemente do quórum de sua aprovação, os tratados internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, compondo-se, assim, o bloco de constitucionalidade⁴⁰⁴. O quórum qualificado, previsto art. 5.º, § 3.º, da Constituição tão somente reforçaria essa natureza, concedendo ao tratado ou convenção de direitos humanos a sua constitucionalização formal no

⁴⁰³ Art. 5.º. (...) § 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos...cit.*, p. 124; Idem. *A incorporação...cit.*, p. 162. Em mesmo sentido, LAFER, Celso (*A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 17) afirma que "os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados". Para TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (*A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*: as primeiras cinco décadas. Brasília: UnB Editora, 1998. p. 186), "no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o artigo 5.º, parágrafos 2.º e 1.º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".

ordenamento pátrio⁴⁰⁵ ou, como explica VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, o que o § 3.º do art. 5.º faz não é obrigar o Legislativo a aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo quórum qualificado, mas “autorizar o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a ‘equivalência de emenda’ aos tratados de direitos humanos ratificados”⁴⁰⁶.

A nós, em que pese a ampla gama de entendimentos, parece nos que a orientação mais adequada é aquela que defende a constitucionalidade, ainda que apenas material⁴⁰⁷, dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Não apenas por conta da redação do art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988, mas, sobretudo porque o próprio art. 4.º, II, da Constituição Federal estabelece que, no âmbito das suas relações internacionais, o Brasil será regido pela prevalência dos direitos humanos. Ademais, se isso ainda não o fosse bastante, no plano internacional, o Estado pode vir a ser responsabilizado pelo descumprimento de normas convencionais, ainda que pretenda escorar-se em lei ou norma constitucional interna⁴⁰⁸.

Sendo assim, entendemos que o Pacto de São José da Costa Rica foi recebido como norma materialmente constitucional, ocupando, no ordenamento pátrio, hierarquia

⁴⁰⁵ Para PIOVESAN, Flávia (*Direitos...cit.*, p. 125), “corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2.º e 3.º do art. 5.º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro”.

⁴⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 45.

⁴⁰⁷ Sobre o caráter meramente material desses tratados, não há como discordar de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (*O controle...cit.*, p. 53), para quem “o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição”.

⁴⁰⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção...cit.*, p. 182. Na jurisprudência da CIDH, tem-se que “as formalidades características de certos ramos do direito interno não se aplicam ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo principal e determinante cuidado é a devida e completa proteção destes direitos” (*Caso Kimel vs. Argentina*, sentença de 2 de maio de 2008). E ainda: “O dever de adotar disposições de direito interno exige dos Estados Partes não somente expedir e implementar medidas de caráter legislativo, mas também de todas as medidas necessárias para assegurar o pleno e efetivo gozo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção Americana a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição” (*Caso Garibaldi vs. Brasil*, sentença de 23 de setembro de 2009).

constitucional⁴⁰⁹, de tal modo que, em caso de divergência entre dispositivo constante na Convenção Americana de Direitos Humanos, ou em tratado ou convenção internacional de direitos humanos, com a Constituição Federal, a solução deverá privilegiar a norma que melhor proteja e garanta os direitos fundamentais da pessoa em causa⁴¹⁰, sem desconsiderar a possibilidade de interpretação conjunta dos dispositivos.

2.4 A presunção de inocência e seu conteúdo normativo

Ao contrário do que o conceito técnico pode aparentar, o vocábulo “presunção”, na expressão presunção de inocência, assinala não um conceito jurídico, mas vulgar⁴¹¹. Igualmente, não se cuida de uma presunção *iuris tantum*⁴¹², já que inexiste um nexo lógico que

⁴⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado* 42, São Paulo, AASP, abr./1994. p. 34; LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, jul./98 a dez./99, p. 134; GOMES, Luiz Flávio. *Direito...*cit., p. 77-78; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção...*cit., p. 90; THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 156; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 19. Daí a pergunta retórica de LAURENTIIS, Lucas Catib de (A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 38, jan./jun. 2012, p. 186) que bem cabe à espécie: “se a própria Constituição reconhece que seu catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo (art. 5.º, § 2.º, da CF), que dirá quanto a direitos expressamente reconhecidos pelo Estado brasileiro perante a ordem jurídica internacional?”.

⁴¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle...*cit., p. 125; PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*cit., p. 159; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 19.

⁴¹¹ MELO, Valber; Faria, FERNANDO Cesar; VARANDA, Thiago Ramos. O tratamento constitucional da inocência: presunção ou estado, princípio ou regra? *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 22, dez. 2010, p. 21; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*cit., p. 296; GOMES, Luiz Flávio. *Presunção...*cit., p. 113-114; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 53. Na doutrina estrangeira: STEFANINI, Pier Luigi. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. *La scuola positiva* 7, 1953. p. 280. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Le Blanch, 2003. p. 430; PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...*cit., p. 675. Para DALLAGNOL, Deltan Martinazzo (*As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Livraria do Advogado, 2018. p. 350), a presunção de inocência “não é ontológica, mas de mero acordo linguístico”. Segundo BORGHESI, Sofo (*Presunzioni...*cit., p. 774), “se si trattasse di presunzione in senso tecnico, non sarebbe possibile né formulare una imputazione (il cui presupposto sono i ‘sufficienti indizi di reità’), né, tanto meno, emmettere provvedimenti restrittivi dela libertà a carico di um presunto inocente”.

⁴¹² BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo...*cit., p. 24. Para PARDO, Miguel Angel Montañes (*La presunción...*cit., p. 43-44), cuida-se não de uma genuína presunção, mas de uma verdade provisória. Em mesmo sentido: BETTIOL, Giuseppe. *Sulle presunzione nel diritto e nel processo penale*. In: _____. *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966. t. 1, p. 385; MARTÍN, Agustín-Jesús Pérez-Cruz; BAAMONDE, Xulio-Xosé Ferreira; RODRÍGUEZ, José Ramón Piñol; SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2014. p. 672; BOLINA, Helena Magalhães. *Razão...*cit., p. 455. Para MANZINI, Vincenzo (*Tratado...*cit., v. 1, p. 253), trata-se, na realidade, de uma ficção jurídica, já que “no es verdad, como lo hemos demostrado, que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad”. Acompanhando essa orientação:

lige o fato conhecido ao fato desconhecido⁴¹³. Trata-se, a nosso ver, de autêntica garantia ou *status*⁴¹⁴ processual que conforma e regula toda a atuação processual⁴¹⁵, justificando-se não por argumentos técnicos, mas políticos⁴¹⁶.

Seja como for, mais do que integrar a presunção de inocência em uma determinada categoria, o que, efetivamente, importa, é o contorno dado à presunção de inocência e à proteção que ela oferecerá ao indivíduo⁴¹⁷. Afora as divergências existentes na matéria⁴¹⁸, a perspectiva

MOURA, José Souto de. *A questão...*cit., p. 37. Em lado oposto, sustentando referir-se a uma presunção *iuris tantum*: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 339; NASSIF, Aramis. A absolvição e alibi (não-autoria). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 54, São Paulo, mai. 1997, p. 13; GOMES, Luiz Flávio. *Sobre...*cit., p. 382; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 21. Na doutrina estrangeira: QUAGLIERINI, Corrado. In tema di onore della prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 41, 1998. p. 1269; MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal: segunda lectura constitucional*. Barcelona: José Maria Bosch, 1991. p. 15; SANGUINÉ, Odón. *Prisión...*cit., p. 431.

⁴¹³ MOURA, José Souto de. *A questão...*cit., p. 37; VARALDA, Renato Barão. *Restrição...*cit., p. 51; BOLINA, Helena Magalhães. *Razão...*cit., p. 455; SANGUINÉ, Odón. *Prisión...*cit., p. 430. Para GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*Presunção...*cit., p. 36), são impróprias as “críticas dirigidas ao valor do preceito com base na consideração de que a experiência demonstra constituirão maioria os acusados não-inocentes, o que impediria a dedução”. Isso se dá, porque “a consideração de que as presunções são normas de comportamento e através delas o legislador formula regras de ‘dever ser’ e não asserções sobre a realidade”.

⁴¹⁴ BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1990. p. 16; OLIVEIRA, Herviane Vivian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 44; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O princípio...*cit., p. 31; GOMES, Luiz Flávio. *Sobre...*cit., p. 382.

⁴¹⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 53;

⁴¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 37; TORNAGHI, Hélio. *Instituições...*cit., v. 3, p. 188. Na doutrina estrangeira: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo...*cit., p. 157; BORGHESSI, Sofio. *Presunzioni...*cit., p. 774; PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...*cit., p. 675. Como acena BOLINA, Helena Magalhães (*Razão...*cit., p. 456), “a qualificação jurídica do princípio da presunção de inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede penal”. Segundo BETTIOL, Giuseppe (*Sulle...*cit., p. 385; *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 72), “si può anche politicamente ammettere l'esistenza di una presunzione d'innocenza, ma non pare che giuridicamente essa abbia una qualche consistenza”.

⁴¹⁷ VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 87.

⁴¹⁸ Há quem sustente que da presunção de inocência emanaria apenas duas regras: norma de tratamento e regra probatória. Nesse sentido: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 151; PAULINO, Galtiêno da Cruz. *A execução...*cit., p. 15-17; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários...*cit., p. 106; OLIVEIRA, Herviane Vivian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 41. Outros, por sua vez, sustentam que a divisão do conteúdo da presunção de inocência se daria entre regra de tratamento e regra de juízo. Nesse sentido: DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 56; TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 234; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 174; EPIDENDIÒ, Tomaso. *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e c.p.p. 1988. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32, Milano, Giuffrè, 1989. p. 664; SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonio; TRANCHINA, Giovanni; ZAPALLÀ, Enzo. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 1, p. 179. JARDIM, Afrânia Silva (*Direito...*cit., p. 280), por sua vez, defende que o único conteúdo extraído da presunção de inocência é a proibição de “que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar a sua inocência, sob pena de condenação em razão da dúvida”.

constitucional da presunção de inocência comporta um âmbito de proteção bastante amplo, permitindo a sua leitura sob três vertentes⁴¹⁹: enquanto “norma probatória”, enquanto “norma de juízo” e, finalmente, enquanto “norma de tratamento”.

A presunção de inocência enquanto norma probatória surgiu a partir dos debates travados pelo Tribunal Constitucional espanhol que, forçado a analisar a admissibilidade do recurso de cassação ou de amparo, decorrente de desrespeito ao preceito *in dubio pro reo*, identificou um conteúdo específico e autônomo capaz de integrar este aspecto da presunção de inocência, diferindo-o do próprio *in dubio pro reo* e, consequentemente, da sua manifestação enquanto norma de juízo⁴²⁰.

A análise da presunção enquanto norma probatória, implica responder quem deve provar no processo penal, o tipo de prova e o que deve ser provado⁴²¹. O primeiro item, quem deve provar, já encontra certo consenso doutrinário, de modo que, como é amplamente reconhecido, impõe-se ao acusador, seja o Ministério Público, seja o querelante, o dever de demonstrar a sua tese e, consequentemente, de romper a presunção juspolíticas da presunção de inocência do indivíduo⁴²². Em outras palavras, compete exclusivamente ao acusador o ônus

⁴¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 424;

⁴²⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 461. Apesar disso, a presunção de inocência não se confunde com o *in dubio pro reo*. Muito embora ambos sejam extraídos do *favor rei*, isto é, do dever de o julgador decidir favoravelmente ao acusado sempre que a acusação não carrear prova suficiente para a condenação, a presunção de inocência se ligará com o *in dubio pro reo*, na etapa da análise probatória. Se, efetivamente, subsistir dúvida no momento do julgamento, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* se confundirão, prevalecendo a inocência do imputado. Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 578; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 39; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus...*cit., p. 285; BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários...*cit., v. 2, p. 278. Na doutrina estrangeira: VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 76-81; VALENTE, Miguel Monteiro Guedes. *Processo...*cit., p. 162; LEONE, Giovanni. *Lineamenti...*cit., p. 174. Para MORAES, Alexandre de (*Constituição...*cit., p. 343), contudo, a presunção de inocência não se confundiria com o *in dubio pro reo*, porque “enquanto o primeiro sempre têm incidência processual e extraprocessual, o segundo somente incidirá, processualmente, quando o órgão judicial tenha ficado na dúvida em relação às provas apresentadas devendo optar pela melhor interpretação que convier ao acusado”. Do mesmo autor, cf. *Direitos...*cit., p. 271. Na doutrina estrangeira: PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción...*cit., p. 48.

⁴²¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 462; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 33. Para SANTIAGO NETO, José de Assis (*Estado...*cit., p. 153) essa obrigação estaria ligada unicamente à distribuição do ônus probatório, de modo que “se o acusado é presumidamente não culpado, todo o ônus da prova recairá sobre os ombros daquele que formula a acusação (Ministério Público ou Querelante), que deverá provar todos os elementos do crime”.

⁴²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus...*cit., 295; THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 155; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 462; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 505-506;

de provar à imputação penal, não apenas quanto ao elemento subjetivo do tipo, mas também a inocorrência de eventual excludente de ilicitude⁴²³.

A segunda previsão, o tipo de prova, impõe uma limitação à prova utilizada pelo acusador, que deve ser não apenas lícita, mas, sobretudo, produzida, analisada e considerada pelo magistrado dentro dos padrões estabelecidos pelas leis e pela Constituição⁴²⁴. Liga-se, portanto, a presunção de inocência enquanto “norma probatória”, com a vedação constitucional à utilização das provas ilícitas⁴²⁵, bem como a impossibilidade de obrigar-se o acusado a colaborar na investigação e na elucidação dos fatos⁴²⁶.

Por fim, quanto ao terceiro ponto, o que deve ser provado, cuida-se da obrigação imposta a acusação de que a prova seja incriminadora, isto é, apta a demonstrar a materialidade

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido...*cit., p. 178-179; GOMES, Luiz Flávio; *Presunção...*cit., p. 117; OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 42. Na doutrina estrangeira: KIRÁLY, Tibor. Significato e valore della presunzione d'innocenza. *L'indice penale* 26, Padova, Dike Giuridica, jan./abr. 1992, p. 9; MAIER, Julio B. J. *Derecho...*, t. 1, p. 505; TONINI, Paolo. *A prova...*cit., p. 65; PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...*cit., p. 688; SIRACUSANO, Delfino et ali. *Diritto...*cit., p. 180. No Supremo Tribunal Federal, já se decidiu que “os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (‘essentialia delicti’) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5)”. (HC n.º 83.947/AM, 2^a t., rel. Min. Celso de Mello, DJe 01/02/2008).

⁴²³ Para TORNAGHI, Hélio (*Instituições...*cit., v. 3, p. 471), “se a dúvida do juiz é quanto a fato impeditivo, suspensivo e extintivo a solução deve ser contra o réu”. Em mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 134; AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69; GRECO FILHO, Vicente. *Manual...*cit., p. 221; PACELLI, Eugênio. *Curso...*cit., p. 335. Em que pese esse posicionamento, como anota BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy (*Ônus...*cit., p. 309), “exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é defender a inversão do ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração da inocorrência de uma excludente de ilicitude de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo)”. Sobre o tema, já escrevemos (FURTADO, Régis Munari. *Inversão...*cit., p. 398) que, “se a Constituição Federal garante a presunção de inocência, não há como adjudicar ao réu o ônus de comprovar a sua inocência. É por isso que, quando muito, a defesa deve, unicamente, trazer argumentos que infirmem a tese acusatória, cabendo ao órgão acusador a prova de que o argumento levantado é falso”.

⁴²⁴ DEU, Teresa Armenta. *Lecciones...*cit., p. 56-57; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 463.

⁴²⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 463.

⁴²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 40.

do crime em todas as suas circunstâncias, bem como a sua autoria⁴²⁷. Em outras palavras, a prova produzida pelo Ministério Público ou pelo querelante somente será apta a afastar a presunção constitucional de inocência caso ela tenha sido produzida licitamente em juízo e demonstre a materialidade e a autoria da infração penal atribuída⁴²⁸.

A presunção de inocência enquanto norma de juízo, por sua vez, sobrevém em todas as decisões judiciais no momento em que o material probatório é analisado para a formação da convicção judicial⁴²⁹. Incide, assim, seja nas decisões de mérito, seja nas fases da persecução penal, seja naquelas que busquem reduzir a liberdade do acusado, considerando-o culpado antes que sobrevenha sentença penal condenatória⁴³⁰. Não há aqui, qualquer coincidência com a presunção de inocência enquanto “norma probatória”, uma vez que a sua aplicação somente se dá quando o material probatório já está produzido⁴³¹.

Muito embora não se confunda o *in dubio pro reo* com a presunção de inocência, é nesse momento que o primeiro tem aplicação⁴³², impondo-se, como garantia política em favor do imputado, a salvaguarda da liberdade individual frente o poder de punir do Estado⁴³³. Em consequência, impõe-se que o material probatório incriminador seja suficientemente capaz de decidir em desfavor do imputado. Daí a exigência de que esse material probatório esteja fundado em critérios quantitativos ou qualitativos da prova, permitindo-se um certo grau de certeza quanto à prova apresentada⁴³⁴.

⁴²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção...*cit., p. 118; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 464.

⁴²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção...*cit., p. 118; MORAES, Maurício Zanoide d. *Presunção...*cit., p. 464

⁴²⁹ FERRUA, Paolo. I poteri probatori del giudice dibattimentale: gaguevolezza dele Sezione unite e dogmatismo dela Corte Costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 37, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1071; PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...*cit., p. 684; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 40.

⁴³⁰ CHIAVARIO, Mario. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel sistema delle fonti normative in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 373; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 468.

⁴³¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 468.

⁴³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus...*cit., p. 294. Para SILVA, Marco Antonio Marques da (Acesso...cit., p. 33), “a incerteza da prova e motivação inadequada das sentenças criminais devem determinar a absolvição pura e simples do acusado, uma vez que não há certeza da culpa”.

⁴³³ PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione...*cit., p. 684.

⁴³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 471; PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción...*cit., p. 41.

É por essa razão que, diante da análise do material probatório, havendo, a partir da análise global e conjunta de seu teor, qualquer margem para dúvida, a manutenção da inocência é de rigor⁴³⁵. Esse raciocínio deve também ser empregado quanto à decretação de prisão provisória, qualquer que seja a sua modalidade. Para que seja afastada a presunção de inocência do imputado, é necessário mais do que suspeitas, a versão da vítima ou elementos investigatórios incipientes. É necessário, isto sim, elementos seguros e incriminadores que permitam ao juiz fundar a sua decisão em critérios robustos e com certo grau de certeza⁴³⁶.

Em síntese, a presunção de inocência enquanto “norma de juízo”, permite que, no momento da decisão, o juiz chegue a três saídas. A primeira, no sentido de que há a certeza de que deve decidir em desfavor do acusado; a segunda, de que deve julgar favoravelmente ao imputado e; finalmente, a última, de que ele permanece em dúvida, não tendo atingido um certo estado de certeza. Nas duas primeiras hipóteses, no qual o magistrado atinge o estado de certeza, deverá julgar favorecendo, ou não, o imputado. Entretanto, caso permaneça em dúvida, deverá sempre decidir favorável ao indivíduo⁴³⁷.

Por fim, e no que toca diretamente a presente pesquisa, a presunção de inocência enquanto norma de tratamento, compreende a noção de que o cidadão será tratado, durante todo o curso da persecução penal, isto é, enquanto não sobrevier sentença penal condenatória com trânsito em julgado, como inocente⁴³⁸. Isso significa que toda prisão decretada anteriormente ao trânsito em julgado deverá ter natureza cautelar, justificando-se apenas em critérios que visem resguardar o processo e não antecipar possível pena privativa de liberdade⁴³⁹.

⁴³⁵ DEU, Teresa Armenta. *Lecciones...*cit., p. 56.

⁴³⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 472.

⁴³⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., 472-473; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 153.

⁴³⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 151; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 427; TAVARES, André Ramos. *Curso...*cit., p. 578. Como apontado no item 2.3, *supra*, a doutrina também extrai da previsão constante no art. 8.º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a presunção de inocência. Como regra de tratamento, aponta GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (*Comentários...*cit., p. 106), “a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc.”.

⁴³⁹ MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 19;

Em consequência, violam a presunção de inocência todos os dispositivos legais que, de forma absoluta, imponham a antecipação da punição estatal, a qual somente adviria com a decisão penal condenatória transitada em julgado⁴⁴⁰. Assim, a vedação legal à concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas (art. 44, *caput*, Lei n.º 11.343/2006), ou no caso de lavagem de capitais (art. 3.º, Lei n.º 9.613/1998)⁴⁴¹ ou no crime organizado (art. 7.º, Lei n.º 9.034/1995), constituem exemplos de previsões inconstitucionais ao tornar a prisão provisória, que deveria ser excepcional, em medida obrigatória e impositiva⁴⁴².

Do mesmo modo, a execução provisória da pena, como decorrência automática de sentença ou acórdão condenatórios, igualmente implica em restrição indevida à presunção de inocência, já que, ao adiantar a pena, antecipa-se uma cláusula restritiva expressa imposta pela Constituição Federal, ao exigir o “trânsito em julgado”, como marco técnico que separa o até então inocente, do condenado⁴⁴³.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 43; SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado...*cit., p. 155-156; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 28-29; THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 157; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo...*cit., p. 72; OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 44. Na doutrina estrangeira: TONINI, Paolo. *A prova...*cit., p. 65; MAIER, Julio B. J. *Derecho...*cit., t. 1, p. 512; SIRACUSANO, Delfino et ali. *Diritto...*cit., p. 180.. Para ILLUMINATI, Giulio (*Presunzione...*cit., p. 3), “l’uso di poteri strumentali di coercizione è del resto indispensabile per l’esercizio della giurisdizione penale”. No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já se entendeu que “do disposto no artigo 8.2 da Convenção deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações e que não evitará a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva. Este conceito está expresso em múltiplos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, entre outros, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (artigo 9.3). Caso contrário, estar-se-ia cometendo uma injustiça ao privar de liberdade pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, por um prazo desproporcional à pena que corresponderia ao crime imputado. Seria o mesmo que antecipar uma pena à sentença, o que é contrário aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos”. (Caso *Suárez Rosero vs. Equador*, sentença de 12 de novembro de 1997)

⁴⁴⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso...*cit., p. 48; THUMS, Gilberto. *Sistemas...*cit., p. 157; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 428.

⁴⁴¹ Nesse sentido, no STF: HC n.º 83.868/AM, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 16/04/2009.

⁴⁴² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 430; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117, out. 2012, p. 189.

⁴⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 509; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 43; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*cit., p. 294; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 30; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 445; OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. *Efeitos...*cit., p. 46. Sobre o tema, em uma MARQUES, José Frederico (*O processo...*cit., p. 19) escreveu que, após a Constituição de 1988, “proscrita está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após sentença condenatória recorrível. O Juiz que condenou em réu em primeira instância poderá mantê-lo preso ou ordenar sua prisão, desde que motive adequadamente a decretação do *carcer ad custodiam*”. No Pacto

2.5 Prisão provisória

A prisão, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, pode ser definida como “a pena privativa de liberdade imposta ao delinquente e que se cumpre mediante clausura em estabelecimento para esse fim destinado”⁴⁴⁴. Para além disso, por metonímia, o termo comporta uma gama de significados⁴⁴⁵, podendo indicar, sem esgotar as possibilidades, o local ou estabelecimento em que um indivíduo fica segregado, o recolhimento do preso ao cárcere, ou ainda, a guarda ou manutenção de alguém, após ter sido capturado ou recolhido⁴⁴⁶.

Ainda na década de 70, HÉLIO TORNAGHI escreveu sobre o que ele denominava de “balbúrdia, a infinidade de classificações quanto às modalidades de prisões, as quais muitas vezes acabavam sendo tomadas com mais de um critério⁴⁴⁷. Diante disso, optamos por promover uma divisão das modalidades de prisão apenas dois gêneros: a prisão pena e a prisão provisória⁴⁴⁸.

A prisão pena ou definitiva⁴⁴⁹ pode, assim, ser designada como sendo aquela decorrente de sentença penal condenatória, transitada em julgado⁴⁵⁰, isto é, com ares de definitividade⁴⁵¹, tal como estabelece o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal e o art. 105 da

de São José da Costa Rica, aponta GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (*Comentários...cit.*, p. 107) que “a pena antecipada, por seu turno, sem motivo justificado, também viola a presunção de inocência”.

⁴⁴⁴ MARQUES, José Frederico. Da prisão no direito brasileiro. In: _____. *Estudos...cit.*, p. 221. Em mesmo sentido, do mesmo autor: *Elementos...cit.*, v. 4, p. 21.

⁴⁴⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 158.

⁴⁴⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições...cit.*, v. 3, p. 143.

⁴⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 144.

⁴⁴⁸ Diante das limitações da presente pesquisa, a análise ora desenvolvida tratará apenas de prisões de caráter penal.

⁴⁴⁹ MARQUES, Ivan Luís. Comentário aos arts. 1.º, 2.º e 3.º do Código de Processo Penal. In: GOMES, Luiz Flávio; _____. (Coords.). *Prisão...cit.*, p. 15.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA NETO, Emérito Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *habeas corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 152-153; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, ago./set. 2008, p. 63. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito...cit.*, p. 726; GRECO FILHO, Vicente. *Manual...cit.*, p. 298.

⁴⁵¹ POLASTRI, Marcellus. *Curso de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 86. Em sentido contrário, PACELLI, Eugênio (*Curso...cit.*, p. 494) aponta que “a liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória. Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas provisórias. Obviamente”.

Lei de Execução Penal⁴⁵². Por outro lado, a prisão provisória⁴⁵³ ou processual⁴⁵⁴ ou cautelar⁴⁵⁵ é a prisão que decorre não de sentença penal condenatória transitada em julgado, imposta como sanção, mas cautelarmente, como garantia de desenvolvimento do processo⁴⁵⁶.

Até as reformas advindas com a Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, o Código de Processo Penal de 1941 não se preocupava, em regra, com a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado, de modo que, inclusive, havia uma espécie de presunção de culpabilidade, no qual a prisão era consequência quase que automática da persecução penal⁴⁵⁷. E exemplos não faltavam, tanto que se previa a prisão em decorrência da sentença de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, sem exigir-se qualquer indício de cautelaridade da medida.

Para além da prisão pena que, no ordenamento nacional, é resultado de sentença penal condenatória transitada em julgado, subsiste, ainda, três modalidades de prisões cautelares: a prisão em flagrante (art. 301 a 310 do Código de Processo Penal), a prisão preventiva (art. 311 a 316 do Código de Processo Penal) e a prisão temporária (Lei n.º 7.960/1989). Em comum a todas elas⁴⁵⁸, está a necessidade de que a medida seja decretada por

⁴⁵² Sobre os aspectos históricos da pena de prisão, cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições...*cit., v. 3, p. 143; MARQUES, José Frederico. *Da prisão...*cit., p. 221; Idem. *Elementos...*cit., v. 3, p. 21; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 58.

⁴⁵³ KARAM, Maria Lucia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdãos penais condenatórios recorríveis. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003, p. 167; TUCCI, Rogério Lauria. Presunção de inocência e prisão provisória: análise crítica da Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr./jun. 1992, p. 134; Idem. *Direitos...*cit., p. 323; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 764; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...*cit., p. 613.

⁴⁵⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...*cit., p. 657. MARQUES, José Frederico (*Da prisão...*cit., p. 323), entretanto, critica a utilização essa expressão, porque a “prisão processual é toda aquela decretada pelo juiz no exercício dos poderes contidos na jurisdição que exerce: ela deriva da *coertitio* ou *potestas coercendi* que a jurisdição confere ao magistrado, ou da *executio* que é imanente ao poder jurisdicional, na atualidade. Prisão processual é a que o juiz impõe, como providência compulsória, ao síndico, ao inadimplente em obrigação alimentar, ao depositário infiel, ao falido relapso; e prisão processual é ainda a prisão que o juiz impõe, em sentença condenatória, ao criminoso”. Em mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 59.

⁴⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Da prisão...*cit., p. 223; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo...*cit., p. 71.

⁴⁵⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito...*cit., p. 726; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 59.

⁴⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. Comentário ao art. 282 do Código de Processo Penal. In: _____; MARQUES, Ivan Luís. (Coords.). *Prisão...*cit., p. 77.

⁴⁵⁸ Ao contrário da prisão preventiva e temporária que detém finalidade processual, há correntes que têm se inclinado a apontar a prisão em flagrante como uma prisão, muito embora provisória, de natureza material. Especificamente com relação a esse tema, MORAES, Maurício Zanoide (*Presunção...*cit., p. 387) aponta que “dizer-se que ela deve passar pelo crivo judicial, após ter sido decretada, não a desnatura como prisão provisória

ordem judicial⁴⁵⁹, devidamente motivada⁴⁶⁰, com respeito ao contraditório⁴⁶¹, de forma excepcional⁴⁶², provisória⁴⁶³ e com obediência à legalidade⁴⁶⁴ e à proporcionalidade⁴⁶⁵.

Quanto à necessidade de ordem judicial e motivação, a exigência é decorrência da previsão constante no art. 5.º, LXI, da Constituição de 88, pelo qual “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”, bem como do art. 93, IX, da Constituição Federal, pelo qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O

decretada, sem finalidade cautelar, isto é, decretada por motivo material (‘certeza visual do cometimento do ‘crime’ pelo tido ‘autor’). Acrescente-se, ainda, que ela é decretada na ausência de qualquer persecução, sendo ato de incoação persecutória em face de alguém. Ela destina-se a uma persecução futura, não sendo por ela justificada”. Em sentido contrário, LOPES JUNIOR, Aury (*O novo...*cit., p. 35-37) sustenta a improcedência da classificação da prisão em flagrante como sendo uma medida cautelar. Em sua defesa, sustenta que “o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante”, bem assim que “a prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade”. Em mesmo sentido: MADEIRA, Guilherme Dezem. *Curso...*cit., p. 594. Apontando uma terceira via, MANZANO, Luís Fernando de Moraes (*Curso...*cit., p. 452-453) insere a prisão em flagrante como sendo uma espécie de “prisão legal”, distinguindo-a das prisões processuais ou provisórias, as quais somente incluiriam a prisão temporária e a prisão preventiva. Assim, deve o leitor ter em mente às peculiaridades da prisão em flagrante, a que, muito embora seja uma espécie de prisão provisória, nem sempre atenderá a todas as características indicadas para as prisões cautelares em geral.

⁴⁵⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93; SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 96; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 13; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 24; PACELLI, Eugênio. *Curso...*cit., p. 500; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 765; POLASTRI, Marcellus. *Curso...*cit., v. 2, p. 29; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 51.

⁴⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 182; Idem. *Medidas...*cit., p. 28; Idem. *Presunção...*cit., p. 79; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 19; SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 96; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 15; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 53.

⁴⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 29; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 75; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 20.

⁴⁶² SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 96; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 96; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 39; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 28.

⁴⁶³ SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 96; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 96; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 32; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...*cit., p. 990; Rangel, PAULO. *Direito...*cit., p. 766; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 24; POLASTRI, Marcellus. *Curso...*cit., v. 2, p. 28; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 60.

⁴⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 24; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 47.

⁴⁶⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 245; Idem. *Direito...*cit., p. 724; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 25; SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 97; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 96; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 37; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...*cit., p. 995; D'URSO, Flávia. *Príncípio...*cit., p. 107; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades...*cit., p. 92; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 766; POLASTRI, Marcellus. *Curso...*cit., v. 2, p. 29; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 43; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 31.

art. 283 do Código de Processo Penal, atento à exigência constitucional, dispôs 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 ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Isso significa que, por conta do direito tutelado, a prisão somente poderá ser decretada por ordem judicial e fundamentada pelo juiz⁴⁶⁶. A única exceção diz para com a prisão em flagrante que, por conta de sua natureza, segundo o qual, “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301 do Código de Processo Penal), a apreciação judicial somente ocorrerá *a posteriori*⁴⁶⁷, quando, a depender do caso, poderá ser convertida em preventiva ou fixada medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do Código de Processo Penal).

Demais disso, há expressa exigência de que a ordem de prisão, excepcionada a prisão em flagrante, cuja apreciação é deferida⁴⁶⁸, seja promovida exclusivamente por parte do juiz competente. Desse modo, nenhuma autoridade, por mais qualificada que seja, poderá decretar tais medidas⁴⁶⁹, sob pena de afastamento do poder jurisdicional e, de tabela, violação ao juízo natural (art. 5º, LIII, CF)⁴⁷⁰ e ao devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF)⁴⁷¹.

Assim, além da exigência de ordem escrita e fundamentada, tal qual obriga o 5.º, LXI, da Constituição Federal de 1988 e o art. 283 do Código de Processo Penal, é indispensável que a ordem de prisão seja fundamentada, isto é, justificada a partir dos elementos fáticos e jurídicos do caso em apreciação, esclarecendo-se quais fatos e quais circunstâncias justificam

⁴⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação...*cit., p. 182.

⁴⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 182; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 19; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 765.

⁴⁶⁸ POLASTRI, Marcellus. *Curso...*cit., v. 2, p. 43.

⁴⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 51.

⁴⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 237; GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 28.

⁴⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 51.

a decretação da prisão cautelar⁴⁷². Permite-se, assim, o controle da decisão, seja material ou formal, por meio dos remédios jurídicos cabíveis⁴⁷³.

No que diz respeito ao contraditório, além da previsão constante no art. 5.º, LV, da Constituição, pelo qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, prevê o art. 283, § 3.º, do Código de Processo Penal que, “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”.

Cuida-se de disposição já antes reclamada, até mesmo por conta da disposição constitucional, mas que antes das modificações advindas com a Lei n.º 12.403/2011 não era contemplada pelo Código de Processo Penal⁴⁷⁴. Implica, por conseguinte, na necessidade de intimação do indiciado ou acusado para que este se manifeste quanto ao estabelecimento de medida cautelar, salvo quando o pedido for urgente ou, por óbvio, houver risco de ineficácia da medida⁴⁷⁵. Por sua natureza, entretanto, não há contraditório na decretação da prisão em flagrante ou na prisão temporária, podendo o indivíduo exercitá-la posteriormente.

A excepcionalidade, por sua vez, está ligada ao fato de que a decretação de qualquer prisão cautelar deve ser tomada como *extrema ratio*⁴⁷⁶, reconhecendo-se a liberdade como regra e a prisão, exceção⁴⁷⁷. O próprio art. 282, § 2.º, do Código de Processo Penal disciplina essa exigência, prevendo que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

⁴⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação...*cit., p. 185-186.

⁴⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 14; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 315.

⁴⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 21.

⁴⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 76; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 31.

⁴⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 40; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades...*cit., p. 89.

⁴⁷⁷ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 96; SAGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 96.

De igual modo, ao tratar da prisão em flagrante, o art. 310, II, do Código de Processo Penal, dispõe que, “ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente”, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

A decretação da prisão provisória deve, portanto, ser adotada como última medida no curso da persecução penal, de modo a não torná-la uma espécie de pena⁴⁷⁸, o que subverteria não apenas às disposições legais atinentes à matéria, mas, sobretudo, a garantia constitucional da presunção de inocência, que veta o tratamento do réu como culpado, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴⁷⁹.

Entra aqui, também, a análise dos dois requisitos indispensáveis a decretação da prisão cautelar, a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*⁴⁸⁰, isto é, enquanto o primeiro exige que o juiz demonstre, de forma objetiva e concreta, os elementos

⁴⁷⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. op. cit., p. 96.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, em decisão do STF: “A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia”. (HC n.º 115.613/SP, 2^a t., rel. Min. Celso de Mello, DJe 13/08/2014)

⁴⁸⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 373; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 98; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 76; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 30; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*cit., p. 284. Há quem sustente, no entanto, que os elementos necessários para a decretação da prisão cautelar seria o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades...*cit., p. 312; KARAM, Maria Lúcia. *Garantia...*cit., p. 167; MARQUES, José Frederico. *O processo...*cit., p. 19; VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 102. Essa posição é, entretanto, criticada por alguns doutrinadores, como DELMANTO JUNIOR, Roberto (*As modalidades...*cit., p. 85) para quem, “os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, (...) não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constitutivas da liberdade prevista em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo na demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão, não satisfazem. Para tanto, e com a devida vênia, ao invés de se falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, preferimos nos utilizar dos termos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, na esteira dos ensinamentos de Giovanni Conso e Vittorio Grevi. Em outras palavras, primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos). Em mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 13-15; FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 98, ELMIR, Duclerc. *Curso...*cit., p. 46.

que apontem a existência do crime (materialidade) e o envolvimento do imputado (autoria)⁴⁸¹, o segundo exige a constatação de um perigo que possa advir da liberdade do acusado⁴⁸².

Deve se atentar, no entanto, que a superficialidade da cognição no momento de decretação da prisão provisória não deve ser confundida com arbitrariedade⁴⁸³, de modo que, quando de sua fixação, deve-se atentar para o binômio juízo de probabilidade-certeza, segundo o qual, quando a culpabilidade é apenas possível, a partir de suposições originadas de suspeitas, cresças ou opiniões subjetivas do investigador, torna-se ilegítima a decretação da cautelar. Por outro lado, caso haja elementos que demonstrem uma possível culpabilidade, que somente se alcança por graves indícios de culpabilidade, justificada está a prisão⁴⁸⁴.

A decretação da prisão cautelar deve, outrossim, ser provisória, ou seja, deve perdurar apenas enquanto houver o risco processual que a motivou e por tempo limitado, evitando-se, assim, a ocorrência de antecipação da pena⁴⁸⁵. Isso porque a prisão provisória não atende a fins ético-retributivos⁴⁸⁶, mas, exclusivamente, a determinada situação fática enunciada no curso da investigação ou da persecução penal que motivou a sua decretação⁴⁸⁷.

Sendo assim, extinta a circunstância fática que legitimava a decretação da prisão cautelar, impõe-se ao juiz a sua imediata revogação ou substituição⁴⁸⁸. É por isso que o desaparecimento do *fumus comissi delicti* e/ou do *periculum libertatis*, conduz a necessidade de imediata soltura do imputado, sob pena de instauração de prisão manifestamente ilegal, não apenas pela ausência de fundamento que a legitime, mas, sobretudo, por apropriação indevida do tempo do acusado⁴⁸⁹.

⁴⁸¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 373; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*cit., p. 284.

⁴⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 377; FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit., p. 284.

⁴⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Princípios...*cit., p. 30; SANGUINÉ, Odono. *Prisión...*cit., p. 90.

⁴⁸⁴ SANGUINÉ, Odono. *Prisión...*cit., p. 459; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 375.

⁴⁸⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão...*cit., p. 96.

⁴⁸⁶ VILELA, Alexandra. *Considerações...*cit., p. 103.

⁴⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 77; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 23.

⁴⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *A prisão...*cit., p. 32; GOMES, Luiz Flávio. *Comentário ao art. 282...*cit., p. 79.

⁴⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 23.

Desse modo, no que toca à decretação da prisão cautelar, soa ilegítima a motivação judicial que se ampara na ordem pública, na gravidade do delito ou nos antecedentes do acusado⁴⁹⁰, sem que seja apontado, pelo magistrado, os elementos que tornam a fixação da medida impositiva e imprescindível para o regular andamento das investigações ou do curso da ação penal.

Essa obrigação é decorrência não apenas do art. 5.º, LXXVIII, pelo qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e do art. 7.º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, pelo qual “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”, como ainda do art. 282, § 5.º, do Código de Processo Penal, em que o legislador expressamente dispôs que “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”.

Problemática nessa questão é que, diferentemente do que acontece na prisão temporária (art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.072/1990), onde a lei prevê como duração o prazo máximo de cinco dias, prorrogáveis por igual período, à exceção dos crimes hediondos, no qual o prazo é de trinta dias prorrogáveis por outros trinta⁴⁹¹, no que diz respeito às prisões em flagrante ou

⁴⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...cit.*, p. 81.

⁴⁹¹ Para DELMANTO JUNIOR, Roberto (*As modalidades...cit.*, p. 251), as modificações estabelecidas pela Lei de Crimes Hediondos na Lei n.º 7.960/1989, ao alterar o prazo para a conclusão do inquérito policial e o aumento da prisão temporária de trinta dias, prorrogáveis por igual período para os crimes hediondos, repercutiu em vício de constitucionalidade, por atentar contra a “igualdade de todos perante a lei, ou da isonomia processual” (art. 5.º, *caput*, da Constituição). Para ele, “se para o preso em flagrante ou em razão da prisão preventiva – situações mais graves, com exigência cautelar mais intensa – o prazo para a conclusão do inquérito é de dez dias (Justiça Estadual), ou de quinze dias prorrogáveis por outro tanto (Justiça Federal), ou, ainda, também de dez dias para os delitos mais severamente punidos pela Lei de Tóxicos (...), como que para o preso temporário – situação menos grave, com pressupostos e requisitos legais menos rigorosos –, que está sendo investigado pela autoria ou mera participação na prática dos mesmos delitos, pode o prazo ser de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta?”.

preventiva, o Código de Processo Penal não estabeleceu qualquer prazo pelo qual as medidas podem perdurar.

Isso possibilita, como tem advertido alguns autores, uma série de abusos, servindo, inclusive, como catalisador da decretação de um número exorbitante de prisões preventivas e na demora da conclusão de processos com réus presos⁴⁹², cuidando-se, na atualidade, de um dos maiores de problemas de ordem processual: a indeterminação e a incerteza quanto à sua duração⁴⁹³.

Apesar da inexistência de prazo certo e determinado no tocante às prisões provisórias, é certo que há a necessidade de observância dos prazos previstos na lei para a prática dos atos processuais⁴⁹⁴, bem como, diante do *rebus sic stantibus*, da regular verificação, por parte do magistrado, da necessidade de manutenção da prisão provisória, revogando-a sempre que o réu encontrar-se preso por tempo excessivo ou desaparecer os requisitos então autorizadores da medida acautelatória⁴⁹⁵.

Ponto igualmente imprescindível na análise da prisão provisória, é o atendimento irrestrito ao princípio da legalidade. Isso implica que toda medida cautelar, sobretudo aquelas que dizem respeito à prisão, seja ela pena ou provisória, deverá ter base legal expressa, de tal

⁴⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 33.

⁴⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit. p. 24. Em termos de direito comparado, é interesse anotar que várias constituições europeias regulamentam a questão, visando evitar a dilação indevida e a antecipação ao cumprimento da pena. Assim, prevê a Constituição da Espanha que “Art. 17. (...). 4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. A Constituição de Portugal, por sua vez, prevê que “Art. 28. (...). 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da culpa, está sujeita aos prazos estabelecidos na lei”. E igual disposição é encontrada na Constituição da Itália, pelo qual “Art. 13. (...) La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”. Essa questão chegou a ser debatida no Brasil quando, no Projeto de Lei n.º 4.208/2001, após a sua aprovação pela Câmara dos Deputados e encaminhamento ao Senado Federal, acrescentou-se a proposta, o art. 315-A ao Código de Processo Penal, fixando-se que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Ao retornar a Câmara, entretanto, o dispositivo acabou suprimido.

⁴⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 74; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 35.

⁴⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Comentários ao art. 282...*cit., p. 78.

sorte que nenhuma medida constritiva da liberdade pode ser admitida sem que haja expressa disposição legal (*nulla coatio sine lege*)⁴⁹⁶.

Isso se dá porque, diferentemente do que ocorre no processo civil, onde há a possibilidade de fixação de medidas cautelares inominadas, detendo ainda o juiz de um poder geral de cautela⁴⁹⁷, no processo penal, em vista dos interesses tutelados, não se poderá ver imposto ao cidadão qualquer medida cautelar que não esteja devidamente fixada na lei⁴⁹⁸. Não existe, pois, no processo penal, espaço para os “poderes gerais” do magistrado, uma vez que todo poder está estritamente vinculado aos limites e formalidades impostas pela lei⁴⁹⁹.

Enquanto instrumento de limitação do poder punitivo, o processo penal somente estará legitimado a partir do estrito cumprimento das disposições previstas nas leis e da Constituição⁵⁰⁰, de sorte que a essência da legalidade, até mesmo por sua evolução histórica, está afeto justamente ao controle e limitação do poder, especialmente do poder de punir⁵⁰¹. É o poder estatal, e não a liberdade, quem necessita de legitimação e justificação⁵⁰², circunstância que pode ser consagrada na ideia CARLOS MAXIMILIANO, para quem “*interpretam-se estritamente as disposições que limita a liberdade, tomada essa palavra em qualquer das suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio, etc.*”⁵⁰³.

⁴⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 47; GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 25; SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 77.

⁴⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 16; GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 29.

⁴⁹⁸ GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 27.

⁴⁹⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades...cit., p. 69; LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 17; GOMES FILHO, Antonio. *Presunção...*cit., p. 57; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários ao art. 282...*cit., p. 48.

⁵⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo...*cit., p. 16.

⁵⁰¹ GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 27.

⁵⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Comentários ao art. 282...*cit., p. 49.

⁵⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenéutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 188. Em mesmo sentido, TUCCI, Rogério Lauria (*Direitos...*cit., p. 326) defende que “o texto de lei, (...) quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva, ou diversificada: *in claris cessat interpretatio*. Somente quando se trate de disposição ambígua ou obscura, propiciante de entendimento duvidoso, torna-se admissível a interpretação extensiva, em favor da liberdade (*favor libertatis*). (...) De qualquer modo, deve ser perquirida, sobretudo, a *mens legislatoris*, transfundida na *mens legis*, e cuja intenção deve prevalecer na interpretação do texto legal: ‘en él es donde se halla expresamente establecida su intención; querer indagarla en otra parte es peligroso’”.

Essa importante garantia, de inspiração iluminista⁵⁰⁴ é, inclusive, consagrada pela Constituição Federal, dispondo o art. 5.º, II e LXI, respectivamente, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “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”. Ademais, o próprio Pacto de São José da Costa, prevê no art. 7.º, 2 e 3, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” e “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”⁵⁰⁵.

Em decorrência do princípio da legalidade, impõe-se, segundo NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO, o atendimento a uma tripla exigência: que a lei seja escrita, estrita e prévia⁵⁰⁶. Enquanto o primeiro item, diz para com a obrigatoriedade de a norma processual ser sempre escrita, tal qual já ocorre com a lei penal, o segundo está ligado a exigência de que o requisito de “lei estrita” contenha um “mandado de determinação”, pelo qual deve ser evitada a burla do significado de segurança e garantia do princípio da legalidade, burla que ocorreria se a lei processual penal se limitasse a utilizar cláusulas gerais absolutamente indeterminadas, o terceiro e último, por fim, liga-se ao fato de que nenhum juiz pode proceder senão de acordo com a lei processual em vigor no momento do processo⁵⁰⁷.

Outro ponto que deverá ser observado no estabelecimento da prisão provisória é a tipicidade processual, extraída do princípio da legalidade e que estabelece limites quanto à

⁵⁰⁴ GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...cit.*, p. 25.

⁵⁰⁵ Sobre o tema, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que “este número do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva da lei, segundo a qual, unicamente através de uma lei pode se afetar o direito à liberdade pessoal” (*Caso Chaparro Álvarez vs. Equador*, sentença de 21 de novembro de 2007). Em mesmo sentido: “A Corte estabeleceu em sua jurisprudência que as medidas cautelares que afetam, entre outras, a liberdade pessoal do processado têm caráter excepcional, já que se encontram limitadas pelo direito à presunção de inocência e os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática” (*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentença de 22 de novembro de 2005).

⁵⁰⁶ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad...cit.*, p. 79.

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 78-79.

utilização das medidas de coação pelos poderes públicos⁵⁰⁸. Em decorrência, a decretação de quaisquer das prisões processuais deve vir acompanhada de expressa previsão legal, consoante o brocado *nulla custodia sine lege*⁵⁰⁹. Em outras palavras, apenas quando presentes os pressupostos legais e a lei taxativamente prever tal modalidade, será possível a fixação da prisão cautelar, hipótese em que ODONE SANGUINÉ chama de “taxatividade da tipicidade cautelar”⁵¹⁰.

O princípio da legalidade está endereçado, pois, não apenas ao momento da aplicação da pena, mas, sobretudo, à própria persecução penal que, ao colocar em jogo a liberdade do imputado⁵¹¹, impõe ao Estado estrita obediência às modalidades e requisitos estabelecidos pela legislação para a constrição do indivíduo, sobressaindo, segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO a obrigação de que “a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre”⁵¹².

Por último, a decretação da prisão provisória deve obedecer ao princípio da proporcionalidade⁵¹³, de modo que o gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição que será proporcionada ao direito⁵¹⁴, conjugando-se, para além dos requisitos legais, a adequação ou idoneidade, a necessidade e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 77; SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 350-351.

⁵⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 350-351.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 352.

⁵¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção...*cit., p. 57.

⁵¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*cit., p. 833.

⁵¹³ Dada a sua complexidade e relevância, a análise do princípio da proporcionalidade exigiria um estudo aprofundado que, evidentemente, ultrapassa os limites da presente pesquisa. Assim, para o aprofundamento no estudo do princípio da proporcionalidade no processo penal, sugere-se a leitura de PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio...*cit., p. 246-263; D'URSO, Flávia. *Princípio...*cit., p. 107-114, SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 151-282 e SANGUINÉ, Odone. *Prisión...*cit., p. 638-676.

⁵¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito...*cit., p. 994.

⁵¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 25; D'URSO, Flávia. *Princípio...*cit., p. 102; PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio...*cit., p. 248-263; RANGEL, Paulo. *Direito...*cit., p. 767; GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisão...*cit., p. 38;

O primeiro elemento, qual seja a adequação ou idoneidade da medida, estabelece uma relação que deve existir entre a prisão provisória e os fins que se pretenda obter⁵¹⁶. Dito de outra forma, toda medida processual deve ser adequada qualitativamente para a obtenção dos fins pretendidos pelas normas, devendo ser idônea por sua própria natureza⁵¹⁷. Tal previsão encontra-se no art. 282, II, do Código de Processo Penal, pelo qual, “as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a”, “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

A segunda exigência, decorrente do princípio da proporcionalidade, é a demonstração de necessidade no estabelecimento da prisão cautelar. O vocábulo “necessidade” adquire aqui, a noção de intervenção mínima, alternativa menos onerosa e subsidiariedade⁵¹⁸. Cuida-se de critério que leva em consideração as diversas medidas previstas, obrigando o legislador, quando da edição legislativa e o juiz, quando da decisão, a escolher aquela que menos lesiva se apresenta aos direitos fundamentais do imputado⁵¹⁹. Em termos legislativos, ela está prevista no art. 282, I, do Código de Processo Penal, ao prescrever que na decretação de quaisquer das medidas cautelares, será observada a “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”.

A última, a proporcionalidade em sentido estrito, designa a ponderação⁵²⁰ entre a restrição a direito fundamental e à exigência de cautelariedade⁵²¹, ou seja, deve-se analisar se o meio a ser utilizado encontra-se em razoavelmente proporcional ao fim almejado⁵²², de modo

⁵¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 26.

⁵¹⁷ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 160.

⁵¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 189.

⁵¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 27.

⁵²⁰ Sobre a necessidade de ponderação, observa SANGUINÉ, Odón (Prisión...cit., p. 654) que procura-se desvendar a “relación de tensión mediante la ponderación de los valores e intereses involucrados en el caso concreto, operación tras la cual podrá concederse si el medio se encuentra en razonable proporción con el fin perseguido, es decir, la ponderación entre fines y medios”.

⁵²¹ GIACOMOLLI, José Nereu. *Prisión...*cit., p. 39.

⁵²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 27.

que, se o sacrifício resultar excessivo, a medida não deverá ser acolhida, ainda que satisfaça os demais requisitos da proporcionalidade⁵²³.

Evidentemente, essa escolha não pode se dar de modo subjetivo ou arbitrário, impondo-se, em consequência, a estrita obediência ao princípio da legalidade, mostrando-se inadmissível a decretação de qualquer prisão cautelar ou a fixação de medidas cautelares que, amparadas no princípio da proporcionalidade, acabam por fugir dos estritos termos e limitações designados pelo legislador⁵²⁴.

Caso quaisquer das condições exigidas para a decretação das prisões provisórias, e das medidas cautelares em geral, sejam desatendidas, torna-se flagrantemente ilegal a sua decretação ou manutenção, circunstância que, tratando-se de prisão, impõe, nos termos do art. 5.º, LXV, da Constituição de 1988, o seu imediato relaxamento, prevalecendo-se, em todo caso, o direito à liberdade do acusado.

2.6 Execução provisória da pena

2.6.1 Definição e cabimento

A execução provisória ou antecipada⁵²⁵ da pena pode definida como o cumprimento provisório de acórdão que mantenha sentença penal condenatória ou que imponha uma condenação em grau de apelo, sem que se tenha sido atingido o trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos prescritos pelo art. 5.º, LVII, da Constituição Federal⁵²⁶.

Sendo um tema absolutamente controvertido, a doutrina passou a defender, após a edição da Lei n.º 12.403/2011, a tese de que no ordenamento pátrio, em matéria penal, somente

⁵²³ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 225.

⁵²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas...*cit., p. 27.

⁵²⁵ ORLANDI, Renzo. *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza. L'indice penale* 3, Padova, Cedam, 2000, p. 90.

⁵²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência: princípio...*cit., p. 139.

seriam cabíveis dois gêneros de prisão⁵²⁷: a prisão pena e a prisão processual ou provisória ou cautelar, de modo que, enquanto a primeira exigiria o trânsito em julgado como *conditio sine qua non* para a execução de sentença penal condenatória, a segunda permitira a decretação de apenas três espécies de prisão: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária⁵²⁸.

Entretanto, mesmo com as reformas legislativas, bem como a redação constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, passou a autorizar a execução antecipada da pena, assentando, na oportunidade, que a execução provisória da pena, resultante de “acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Posteriormente, em 5 de outubro de 2016, no julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, de relatoria do Ministro EDSON FACHIN, pelo qual pleiteava-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, veio, novamente, a julgar a questão, ocasião em que defendeu inexistir “antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos”.

⁵²⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 572; MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 661; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 307; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 574; AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 343; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...cit.*, p. 613; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução...cit.*, p. 307; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...cit.*, p. 987-988; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários ao art. 282...cit.*, p. 22; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...cit.*, p. 293-295; PACELLI, Eugênio. *Curso...cit.*, p. 494-496; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso...cit.*, p. 594; GRECO FILHO, Vicente. *Manual...cit.*, p. 299.

⁵²⁸ Sobre as modalidades de prisão cabíveis no ordenamento pátrio e suas características, cf., *supra*, item 2.5.

Desde então, admite-se o cabimento da execução provisória da pena após acórdão condenatório ou que mantém a condenação proferido em grau de apelação. Entretanto, persiste uma dúvida em decorrência desse julgamento: cuida-se de prisão obrigatória, de seguimento inescusável pelos Tribunais de origem, ou trata-se de prisão não obrigatória, cabível a depender da análise do caso concreto? Para além de todas as complexidades causadas pela admissibilidade da execução provisória da pena, a questão permanece sem resposta.

Isso porque, quando da análise do HC n.º 126.292/SP, dos sete ministros favoráveis à execução provisória da pena, apenas os Ministros ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX assentaram a obrigatoriedade da execução antecipada, quedando-se silentes os demais Ministros que decidiram a questão (Ministros TEORI ZAVASKI, CÂRMEN LÚCIA, DIAS TOFFOLI, GILMAR MENDES e EDSON FACHIN).

Essa mesma dúvida permaneceu quando da análise da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, bem como no julgamento em 10 de novembro de 2016, do ARE n.º 964.246-RG/SP, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASKI, pelo qual, embora reconhecendo a ausência de conflito entre a execução antecipada da pena e a Constituição Federal, não a declarou como prisão obrigatória.

Em vista desse celeuma, restou proposta a ADC n.º 54/DF, em que, para além do pleito de declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, pugnou-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade nas decisões que, cuidando-se de execução provisória da pena, tornasse-a automática, sem a indicação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Muito embora o Ministro MARCO AURÉLIO, relator daquela ação, tenha deferido liminar suspendendo a execução provisória da pena em cujas decisões ainda não houvessem transitado em julgado, bem com a libertação de todos os presos nessa condição jurídica, com exceção daqueles nos quais fossem enquadráveis nas condições estabelecidas no art. 312 do

Código de Processo Penal, algumas horas após essa decisão, nos autos da SL n.º 1.188/DF, o Ministro DIAS TOFFOLI, Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão dos efeitos da decisão proferida na ADC n.º 54, até que o Plenário da Suprema Corte apreciasse o mérito daquela ação.

Desde então, a matéria permanece sem resposta definitiva, não sendo possível precisar, ainda que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já tenha se debruçado sobre a questão por pelo menos três vezes, a obrigatoriedade, ou não, da execução da pena privativa de liberdade após manutenção de sentença penal condenatória ou de condenação proferida em sede de apelação.

2.6.2 Natureza jurídica da execução provisória da pena

Matéria de difícil solução, a análise da natureza jurídica da execução provisória da pena também vem gerando algumas discussões com quase, ou nenhuma resposta. Até a edição da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011 que, dentre outras modificações, revogou a prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1.º, do Código de Processo Penal), bem como a prisão decorrente de sentença penal recorrível (arts. 393, I e 594 do Código de Processo Penal), alguns autores já não se entendiam quanto ao cabimento da execução provisória da pena.

Assim, enquanto HÉLIO TORNAGHI e AFRÂNIO SILVA JARDIM, por exemplo, defendiam cuidar a prisão decorrente de sentença recorrível como definitiva, enquadrando-a, portanto, como prisão pena⁵²⁹, autores como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ROGÉRIO

⁵²⁹ Enquanto TORNAGHI, Hélio (*Instituições...cit.*, v. 3, p. 167), defendia que “a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita a condição resolutiva que é a reforma da sentença. E o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutiva está a mostrar que a prisão não era provisória. Definitivo na linguagem do Código, como, aliás, na linguagem do processo penal ou civil, não significa final irrecorrível, imutável, passado em julgado. Tanto assim que a lei concede apelação das decisões definitivas, isto é, não interlocutórias”, JARDIM, Afrânio Silva (*Direito...cit.*, p. 268-269) entendia que “jamais se sustentou que a prisão em decorrência de acórdão impugnado por recurso extraordinário fosse uma medida cautelar, ou seja, mais uma espécie de prisão provisória. (...) A carta de guia é indispensável para a instauração da execução penal definitiva, o que não impede que a natureza da prisão como efeito da condenação seja a de execução provisória”.

LAURIA TUCCI e ROBERTO DELMANTO JUNIOR embora rejeitassem à admissibilidade da execução provisória da pena, assinalavam cuidar-se de prisão processual⁵³⁰.

Sobre a matéria, ao admitir a execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal assentou, quando do julgamento do HC n.º 68.726/RJ, em 28 de junho de 1991, de relatoria do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que “a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual”, ressaltando, ademais, atender “aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal”.

Com a decisão firmada no HC n.º 84.078/MG, de relatoria do Ministros EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, pelo qual Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, sob o argumento de que “*a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar*”, bem como da edição da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, fixando-se às hipóteses cabíveis de prisão em matéria penal, acreditou-se que, finalmente, a discussão estava encerrada, pondo-se termo a divergências instaladas há anos.

Apesar disso, com o reavivamento da possibilidade de imposição do cumprimento provisório da pena a partir do HC n.º 126.292/SP, esse questionamento acabou se reavivando, levando-se a seguinte pergunta: qual, afinal, é a natureza jurídica da execução provisória da pena? Trata-se de uma modalidade de prisão provisória ou, mesmo sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, seria uma espécie de prisão pena?

Sobre essa discussão, poucos foram os ministros que a quiseram enfrentar, seja na análise do HC n.º 126.292/SP, seja na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, ou ainda, no

⁵³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo...cit.*, v. 3, p. 414; TUCCI, Rogério Lauria. Limite da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 33, São Paulo, jan./mar. 2001, p. 1190; Idem. *Presunção...cit.*, p. 134-135; Idem. *Direitos...cit.*, p. 238; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades...cit.*, p. 209. Para PACHECO, Denilson Feitoza (*Direito...cit.*, p. 758), “as prisões decorrentes da sentença penal condenatória recorrível e da pronúncia ocorrem num momento em que ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado e, portanto, são prisões provisórias”.

julgamento do HC n.º 152.752/PR, analisado em 4 de abril de 2018 e que teve como relator, o Ministro EDSON FACHIN. De todos esses precedentes, não é possível chegar a posições claras sobre o tema, tendo em vista que ora alguns julgadores fazem referência aos elementos da prisão pena, ora tratam da execução antecipada da pena como se modalidade de prisão cautelar fosse.

No julgamento do HC n.º 126.292/SP, o Ministro TEORI ZAVASKI, relator, defendeu que a prisão seria uma consequência natural da condenação, reconhecendo a execução provisória, portanto, como uma espécie de prisão pena, tendo em vista a condenação criminal representar um juízo de culpabilidade. Desse modo, exaurido o julgamento do recurso de apelação, haveria o exaurimento do exame de fatos e provas da causa, instaurando-se, assim, a própria culpabilidade do acusado. Em outras palavras, tendo em vista que, com o julgamento da apelação pelo Tribunal haveria a preclusão de matéria fática, não seria incompatível, desde logo, a produção de efeitos da responsabilização criminal imposta pelas instâncias ordinárias.

Nessa mesma ocasião, entretanto, o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, ao tratar desse tema, defendeu que, com o julgamento no segundo grau de jurisdição, algumas certezas, como a materialidade e a autoria do fato estariam estabelecidas, aderindo, assim, a noção de que a execução provisória da pena se constituiria em uma modalidade de prisão pena, tal qual defendida pelo Ministro TEORI ZAVASKI. Curiosamente, no entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso veio a defender, em seu voto, que, com o esgotamento das instâncias ordinárias, a prisão imposta se daria em decorrência da exigência de assegurar à ordem pública, circunstância que toca diretamente à prisão preventiva, tratando-se, pois, de uma prisão processual.

Na análise do HC n.º 152.752/PR, a Ministra CÁRMEN LÚCIA aderiu à tese da prisão pena, reconhecendo a possibilidade jurídica de decretação de prisão, sem natureza cautelar, a partir do transcurso dos recursos ordinários com efeito suspensivo. Para além disso, defendeu também que o art. 283 do Código de Processo Penal, embora trouxesse às hipóteses de prisão,

não poderia, ele próprio, estabelecer a exclusividade dos provimentos transitados em julgado como condição para a execução da pena privativa de liberdade.

O Ministro CELSO DE MELLO, por sua vez, ao se deparar com a discussão acerca da possibilidade de execução provisória da pena, sustentou, no julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, a inexistência, na Constituição Federal e na legislação processual penal, da “execução provisória” enquanto modalidade de prisão, escrevendo, na ocasião, que admiti-la, significaria “uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal”.

A discussão acerca da natureza jurídica da execução provisória da pena tem sido de tal modo insuperável que, mesmo após quatro decisões firmadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, como se viu no HC n.º 126.292/SP, no ARE n.º 964.246-RG/SP, na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e no HC n.º 152.752/PR, ainda inexistem um consenso ou uma posição consolidada entre os Ministros que tenha, efetivamente, se preocupado em indicar a natureza jurídica do cumprimento antecipado da pena.

É por essa razão que, a nosso ver, a natureza jurídica da execução provisória da pena constitui-se em uma modalidade de prisão *sui generis*⁵³¹, da qual não é possível classificá-la nem como prisão pena, uma vez que inexistente trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tampouco prisão processuais, já que, além da ausência de seus requisitos caracterizadores, não há sequer a indicação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*⁵³².

⁵³¹ Essa foi a posição, aliás, externada pelo Ministro Marco Aurélio quando, no julgamento do HC n.º 69.964/RJ, em 18 de dezembro de 1992, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, defendeu: “Qual a justificativa plausível, então? Qual a razão de ser desse recolhimento, se veio ao mundo jurídico sem qualquer fundamentação que o pudesse revelar acautelador? Não é outro senão a antecipação do cumprimento de pena. Estamos diante de um caso *sui generis* que, sob a minha ótica, não guarda pertinência com os precedentes da Corte. Não discutimos, aqui, a existência de uma prisão preventiva. Na verdade, defrontamo-nos com um caso que se mostra, a mais não poder, como antecipação provisória do cumprimento da pena, o que conflita com o artigo 5.º da Constituição Federal em vigor. (...). Onde está a fundamentação da ordem de recolhimento do Condenado? Ela não existe. Se não há fundamentação a respaldar o que se poderia ter como uma prisão preventiva – e já coloco até em plano secundário o que decidido por esta Corte no *habeas corpus* que favoreceu o Paciente – somente posso tirar uma ilação: a esta altura, o Paciente está cumprindo pena antes do trânsito em julgado do que decidido. (...) Admito que, com um decreto condenatório, possa-se determinar a prisão de alguém. Contudo, enquanto não transitado em julgado esse decreto condenatório, essa previsão há de surgir com contornos provisórios”.

⁵³² Para MARCÃO, Renato (Curso...cit., p. 665), a execução provisória da pena decorrente de condenação proferida ou mantida em segundo grau de jurisdição seria “modalidade de prisão cautelar *sui generis*, espécie de privação da liberdade não contemplada no ordenamento vigente”.

Trata-se, portanto, de uma prisão que decorre não do princípio da legalidade e da tipicidade processual, exigências atinentes à possibilidade de restrição de liberdades individuais⁵³³, mas da autoridade do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete última da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição Federal), tornando-a inegavelmente arbitrária, uma vez que não estando a legalidade à disposição dos Tribunais⁵³⁴, não poderia a Corte Constitucional afastar os desígnios da Assembleia Nacional Constituinte e do legislador infraconstitucional apenas por mera liberalidade ou ato de vontade, como se sucedeu.

⁵³³ QUEIJO, Maria Elizabeth. Princípio da legalidade: a constante necessidade de reaver essa conquista. In: LOPES, Anderson Bezerra et alii. (Orgs.). *Direito penal...cit.*, p. 333.

⁵³⁴ ABOUD, Georges. *Discretariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 433.

3 ESTUDO E CRÍTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A discussão acerca do cabimento da execução provisória da pena, passadas três décadas da promulgação da Constituição de 1988 e a disposição constante no art. 5.º, LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, permanece sendo objeto de intensa controvérsia e indecisão por parte do Supremo Tribunal Federal.

A consolidação do entendimento de que a antecipação ao cumprimento da pena afrontaria à Constituição, tal como restou reconhecido, por ampla maioria, junto ao Plenário da Suprema Corte em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do HC n.º 84.078/MG, longe de colocar um ponto final à discussão, após duas décadas de orientação em sentido contrário, representou apenas um ponto de inflexão no tema, vindo a questão a ser objeto de nova reviravolta quando, ao analisar o HC n.º 126.292/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de estar-se diante de uma “mutação constitucional”, voltou a admiti-la.

Propõe-se, assim, neste terceiro e último capítulo, o estudo das principais decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, iniciando-se pelo julgamento do HC n.º 68.726/RJ, de 28 de junho de 1991, primeira decisão a tratar do tema após a Constituição de 88 até, finalmente, o HC n.º 156.752, de 4 de abril de 2018, no qual, muito embora com a chance de pacificar a questão, o Excelso Pretório não o fez.

Logo a seguir, analisa-se criticamente os argumentos empregados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para legitimar o cabimento da execução antecipada da pena, finalizando o estudo ora apresentado com propostas tendentes a, sem atentar contra a Constituição Federal, impor-se a execução provisória da pena, tal qual vem se manifestando a Suprema Corte em seus últimos julgamentos.

3.1 A evolução jurisprudencial da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal

Para os objetivos da presente pesquisa e, consequentemente, a análise do tema proposto, buscou-se, do ponto de vista metodológico, proceder a uma pesquisa documental das decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988. Desse modo, todas as decisões mencionadas citadas como paradigma, foram encontradas e sistematizadas a partir de busca no sítio eletrônico do STF.

Do ponto de vista metodológico, acessou-se a opção “Pesquisa de Jurisprudência” e, no campo “Pesquisa Livre”, utilizou-se como critério de busca as palavras “art 5 LVII”, num primeiro momento e, “prisão trânsito julgado”, selecionando, em ambas as tentativas, como data inicial 06/10/1988, dia seguinte à promulgação da Constituição de 1988 e, no campo “Órgão julgador”, a opção “Plenário”. A partir dos resultados, excluiu-se todos os acórdãos que não tratassem especificamente da execução provisória da pena decorrente de sentença penal condenatória ou de acórdãos proferidos no segundo grau de jurisdição. Também optou-se pela exclusão de decisões que sido proferidas, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, logo após as paradigmáticas. Assim, por exemplo, o HC n.º 91.676/RJ, de 12 de fevereiro de 2009, pelo qual o Plenário afastou a execução provisória da pena, foi excluído, tendo em vista que a decisão inteiramente se apoiava no HC 84.078/MG, de 5 de fevereiro de 2009, julgado seis dias antes.

Dito isso, a análise dos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, permite apontar que, ao longo dos últimos trinta anos, quatro correntes se formaram quanto à admissibilidade da execução provisória da pena. A primeira posição, prevalecente na análise do HC n.º 68.726/RJ, do HC n.º 69.964/RJ, do HC n.º 126.292/SP, do HC n.º 152.752/PR, do ARE n.º 964.246-RG/SP e da ADC n.º 43/DF e 44/DF, sustentava que o cumprimento antecipado da pena, apesar da disposição constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, não atentaria contra a presunção de inocência.

A segunda corrente, reconhecida no HC n.º 84.078/MG, embora seja possível encontrar essa orientação em votos vencidos proferidos a partir do julgamento do HC n.º 64.964/RJ até a última decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria, o HC n.º 152.752/PR, defendia que a execução provisória da pena atentava contra a Constituição, sendo cabível, unicamente, a decretação de prisão com fins cautelares, tal como a prisão temporária (art. 1.º da Lei 7.960/1989) e a prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal).

A terceira posição, por sua vez, passou a ser defendida, em alguns votos vencidos, a partir da apreciação da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, bem como no HC n.º 152.752/PR, segundo o qual a execução provisória da pena somente se legitimaria após o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, assegurando-se, assim, a presunção de inocência até o esgotamento desses recursos. Em acréscimo a essa posição, a quarta corrente, inaugurada no HC n.º 152.752/PR, sustentava que, para além da autorização do cumprimento provisório da pena a partir do Superior Tribunal de Justiça, a sua possibilidade também se autorizaria diante da prática de crimes graves.

A análise a seguir, apresenta os principais julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, apontando as posições defendidas, bem como os argumentos empregados pelos Ministros para legitimar tais entendimentos. Inicia-se, portanto, com a análise do HC n.º 68.726/RJ, passando pelo HC n.º 69.964/RJ, o HC n.º 84.078/MG, o HC n.º 126.292/SP, a ADC n.º 43/DF e 44/DF e, por fim, o HC n.º 152.752/PR.

3.1.1 A primeira decisão no Plenário após a Constituição Federal de 1988: o HC n.º 68.726/RJ, de 28 de junho de 1991

Até o ano de 1988 o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal se manifestava no sentido de que a interposição do recurso extraordinário⁵³⁵, por não possuir efeito

⁵³⁵ A outra espécie de recurso excepcional, o recurso especial, somente tornou possível de interposição a partir do dia 7 de abril de 1984, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou instalado o Superior Tribunal

suspensivo, conforme dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal⁵³⁶, permitia que o réu iniciasse a execução provisória da pena, independente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou do trâmite do recurso excepcional⁵³⁷.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a previsão estabelecida no art. 5.º, LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a Suprema Corte passou a receber novos casos, nos quais pugnava-se pelo reconhecimento da ilegalidade das prisões decorrentes de acórdãos confirmatórios de sentença condenatória ou de acórdãos condenatórios.

Um dos primeiros casos analisados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal foi o HC n.º 68.726/RJ⁵³⁸, distribuído ao Ministro NÉRI DA SILVEIRA e que foi julgado em 28 de junho de 1991. No *writ*, pleiteava o Paciente, inciso nos arts. 121, §§ 3.º e 4.º⁵³⁹ e 129, §§ 6.º e 7.º, do Código Penal⁵⁴⁰, a sua soltura, sob a alegação de que a prisão, decorrente de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao manter sentença condenatória, violaria os arts. 669⁵⁴¹ e 5.º, LVII, da Constituição de 88.

de Justiça, conforme determinava o art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

⁵³⁶ 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.

⁵³⁷ Nesse sentido, apenas para mencionar algumas das decisões: HC n.º 55.118/MG, 2^a t., Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 26/08/1977; HC n.º 59.757/MG, 1^a t., Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 28/05/1982; HC n.º 62.334/MG, 1^a t., Rel. Min. Oscar Correa, DJ 01/02/1985; HC n.º 62.660/SP, 1^a t., Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17/05/1985; RHC n.º 64.707/MG, 1^a t., Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 06/03/1987; HC n.º 66.045/MG, 2^a t., Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 01/07/1988.

⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus n.º 68.726/RJ*. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira, 28 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 5 de maio 2019.

⁵³⁹ Art. 121. (...) § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos. § 4.º § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

⁵⁴⁰ Art. 129. (...) § 6º Se a lesão é culposa: Pena - detenção, de dois meses a um ano. § 7.º No caso de lesão culposa, aumenta-se a pena de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

⁵⁴¹ Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança; II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

Ao analisar o caso, o Plenário, composto à época pelos Ministros SYDNEY SANCHES (Presidente), MOREIRA ALVES, OCTAVIO GALLOTTI, CÉLIO BORJA, PAULO BROSSARD, SEPÚLVEDA PERTENCE, CELSO DE MELLO, CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO, entendeu, à unanimidade, pela denegação da ordem, acompanhando o voto do relator, Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

Segundo a argumentação empreendida pelo Tribunal, tendo em vista à disposição constante no art. 27, § 2.º, da Lei n.º 8.038/1990, que previa a ausência de efeito suspensivo para os recursos extraordinário e especial, mantida a sentença condenatória, exauridas estariam as instâncias ordinárias criminais, autorizando-se, assim, o início do cumprimento da pena.

De igual modo, com base nos escritos de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, sustentou-se que o trânsito em julgado ocorreria quando não fosse admissível recurso ordinário, cujo efeito seria suspensivo contra ele, quando decorrido o prazo legal sem interposição do recurso ordinário, igualmente de efeito suspensivo, bem como quando decidido o recurso ordinário interposto contra a sentença.

Defendeu-se, outrossim, que inexistiria conflito entre a expedição de prisão na pendência do recurso extraordinário e a redação imposta no art. 5.º, LVII, da Constituição. Segundo o voto do Ministro relator, a ordem de prisão em decorrência de acórdão mantivesse sentença penal condenatória, cuidar-se-ia de prisão processual, garantindo-se, assim, a aplicação da lei penal e a execução da pena aplicada.

Ao final, com fundamento no parecer da Procuradoria-Geral da República, sustentou-se que a presunção de não culpabilidade estaria ligada não a inserir o réu em posição de intangibilidade, ponto, aliás, que impactaria a decretação de prisões provisórias, mas a de estabelecer que aquele respondendo a processo criminal, não teria contra si reconhecida a culpabilidade, senão por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.1.2 As primeiras divergências: o HC n.º 69.964/RJ, de 18 de dezembro de 1992

O Plenário do Supremo Tribunal Federal voltou a analisar o cabimento da execução provisória da pena no julgamento do HC n.º 69.964/RJ⁵⁴², analisado em 18 de dezembro de 1992 quando, ao impugnar acórdão condenatório do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, requereu-se o direito do réu de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado, diante da prescrição constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, a qual, por sua vez, teria abolido à aplicação do hoje revogado art. 393⁵⁴³, I, e art. 669, I, do Código de Processo Penal.

Ao analisar o caso, duas correntes se formaram no Plenário. Uma delas, defendida pelo relator, Ministro ILMAR GALVÃO, e seguida pela maioria dos membros presentes, Ministros SYDNEY SANCHES (Presidente), MOREIRA ALVES, NÉRI DA SILVEIRA, OCTAVIO GALLOTTI, PAULO BROSSARD, CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO e FRANCISCO REZEK, entendeu pela denegação do *habeas corpus*, limitando-se a aduzir que o pleito encontraria óbice na pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A outra corrente, inaugurada pelos Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE, passou a defender um novo entendimento quanto à admissibilidade da execução provisória da pena, tendo em vista a recém promulgada Constituição de 1988. Para esses Ministros, com a vigência da nova Lei Maior, a antecipação ao cumprimento da pena passou a afrontar o art. 5.º, LXI⁵⁴⁴, cuidando-se se hipótese de prisão *sui generis*, posto que, a partir de

⁵⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 69.964/RJ. Impetrante: George Tavares. Paciente: Jorge Raymundo Martins. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁵⁴³ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

⁵⁴⁴ Art. 5.º (...). 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.

então, a prisão somente se justificaria, antes do trânsito em julgado, com finalidade acauteladora.

Ademais, em se tratando de prisão que tivesse por fundamento sentença penal condenatória recorrível, de duas uma: ou se estaria diante de prisão cautelar ou de antecipação do cumprimento da pena. Para essa corrente, não tendo sido a prisão decretada como medida cautelar e com a devida fundamentação, a execução provisória da pena necessariamente fulminaria a Constituição. Por isso, aliás, a manifestação do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no sentido de que não mais seria “possível continuar brincando de que nada mudou, com o advento da Constituição”.

Finalizado o julgamento, o placar encerrou com oito votos favoráveis a execução provisória da pena e dois contrários⁵⁴⁵, sendo as primeiras manifestações, no âmbito do Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988, que contestavam à possibilidade de execução provisória da pena com as novas previsões constantes na Constituição.

3.1.3 A reviravolta na execução provisória da pena: o HC n.º 84.078/MG, 5 de fevereiro de 2009

Dezesseis anos após a consolidação, pelo Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que a execução provisória da pena seria compatível com a Constituição de 88, em 5 de fevereiro de 2009, por uma maioria de sete votos contrários a execução antecipada e quatro favoráveis, o Plenário finalmente concluiu o julgamento do HC n.º 84.078/MG⁵⁴⁶ que, suplantando as posições anteriores, declarou a inconstitucionalidade da execução antecipada.

⁵⁴⁵ Como registro histórico, vale anotar que, muito embora estivesse presente à sessão de julgamento, o Ministro Carlos Velloso declarou-se impedido no aludido julgamento, não proferindo, portanto, voto.

⁵⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 84.078/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 5 maio 2019.

No caso em análise, o Paciente, condenado pelo Tribunal do Júri como incursos nos arts. 121, § 2.º, I e IV⁵⁴⁷ e 14, II⁵⁴⁸, do Código Penal, a pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, interpôs recursos extraordinário e especial, tendo sido, a pedido do Ministério Público, embora admitido o recurso especial em favor do réu, decretada a sua prisão com base na própria condenação mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Submetido a julgamento pelo Plenário, tal como já havia ocorrido na análise do HC n.º 69.964/MG, duas correntes se formaram entre os Ministros. A tese vencedora, capitaneada pelo Ministro EROS GRAU e acompanhada pelos Ministros CELSO DE MELLO, RICARDO LEWANDOWSKI, AYRES BRITTO, CEZAR PELUSO, MARCO AURÉLIO e GILMAR MENDES (Presidente), reconheceu a inadmissibilidade de execução provisória da pena no ordenamento pátrio, diante da presunção de inocência.

Dentre os diversos argumentos levantados, defendeu-se que arts. 105⁵⁴⁹, 147⁵⁵⁰ e 164⁵⁵¹ da Lei de Execução Penal, ao condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado, teriam se sobreposto, temporal e materialmente, ao art. 637 do Código de Processo Penal, notadamente a partir da definição trazida pelo art. 5.º, LVII, da Constituição Federal.

Ademais, segundo essa corrente, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, ao analisarem a possibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em

⁵⁴⁷ Art. 121. (...) Homicídio qualificado § 2.º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; (...) IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

⁵⁴⁸ Art. 14 - Diz-se o crime: (...) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

⁵⁴⁹ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

⁵⁵⁰ Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicita-la a particulares.

⁵⁵¹ Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

julgado da sentença penal condenatória teriam, à luz do texto constitucional, vedado o seu cabimento, de modo que, não faria qualquer sentido em permitir, diante do princípio da isonomia, a manutenção da execução da pena privativa de liberdade, enquanto não sobreviesse o título condenatório definitivo, já que diante de uma medida muito mais grave.

A prisão antes do trânsito em julgado, desse modo, somente poderia ser decretada a título cautelar, enquadrando-se, ademais, dentro do direito à ampla defesa, a garantia de acesso as esferas recursais, inclusive as de natureza extraordinária, constituindo a execução provisória da pena uma restrição ao direito de defesa e impondo um desequilíbrio entre a pretensão do Estado de aplicar a pena e o direito do acusado de afastá-la.

Outro ponto observado é que, ao contrário do que se poderia defender, a presunção de inocência não seria esvaziada progressivamente, à medida que se sucedessem os graus de jurisdição. Para os Ministros, mesmo que confirmada a condenação por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistiria, por força do texto constitucional, a presunção de inocência, a qual somente se esvairia com o trânsito em julgado da condenação. A presunção de inocência serviria, desse modo, como um obstáculo constitucional à restrição da atividade estatal.

Apontou-se ainda que, a falta de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário não teria nenhuma força contra o princípio constitucional da presunção de inocência, não tendo eficácia sobre a matéria, sob pena de ofensa à garantia constitucional. Mesmo porque, sustentou-se, diferentemente do que ocorre na seara cível, em que é possível o retorno ao *status quo ante*, na seara penal, perdida a liberdade de ir e vir e modificado o título condenatório mediante recurso, impossível seria reestabelecer ao indivíduo a liberdade perdida.

Haveria, outrossim, conflito com o princípio da proporcionalidade a execução antecipada da pena, já que existiriam meios menos gravosos e eficazes de garantir outros direitos fundamentais, como é o caso da prisão preventiva. Reconhece-se, portanto, que o recolhimento à prisão, enquanto não houvesse definitividade da sentença condenatória, e sem

a ausência devida de motivação, importaria em desrespeito aos postulados da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Criticou-se, outrossim, a noção de que, com a vedação a execução provisória da pena, consagrada estaria, em definitivo, a impunidade dos casos penais. Isso porque, mesmo os criminosos seriam sujeitos de direitos, não perdendo essa qualidade para se tornarem objetos processuais. Ademais, a proibição do cumprimento antecipado da pena não inviabilizaria a decretação de prisões cautelares, sempre que presentes os requisitos legais para tanto, assegurando-se, assim, eventuais interesses da coletividade.

A possibilidade de execução provisória da pena, antes de transitada em julgado seria, por isso mesmo, incompatível com o art. 5.º, LVII, da Constituição, cuja disposição traria uma regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição e cuja regra de tratamento, teria instituído uma verdadeira garantia de que o acusado seria considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em sentido contrário, inaugurando a tese divergente, o Ministro MENEZES DIREITO, seguido pelos Ministros JOAQUIM BARBOSA, ELLEN GRACIE e CARMEN LÚCIA, argumentou que a disposição constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, não poderia ser tomada como uma vedação a privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial, já que em tais recursos, o que está em discussão é, não a matéria de fato, mas a tese jurídica, de modo que proibir a execução antecipada da pena equivaleria a atribuir, por via de interpretação, efeito suspensivo a tais recursos, contrariando o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2.º, da Lei n.º 8.038/1990.

Ao condicionar à admissibilidade, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a demonstração, em cada caso, da presença da repercussão geral na interposição do recurso extraordinário, reforçado estaria a orientação de que a execução provisória da pena seria

compatível com o ordenamento constitucional, possibilitando-se o cumprimento antecipado da pena tão logo decorresse o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária.

Em termos jurídicos, defendeu-se que a execução da sentença seria provisória, e não definitiva, circunstância a superar a exigência constante no art. 105 da Lei de Execuções Penais que condicionaria a expedição da guia de recolhimento ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, a lei não vedaria a expedição da guia de recolhimento provisória, dispondo a legislação que os recursos especial e extraordinário seriam recebidos no efeito meramente devolutivo, proporcionando que o condenado impugnasse o que considerasse possível de recurso, sem, entretanto, vedar o seu recolhimento ao estabelecimento prisional.

A ordem de prisão contida na sentença ou no acórdão condenatório seria, assim, uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, constituindo-se, aliás, a mais fundamentada ordem de prisão, uma vez que prolatada a partir do exame aprofundado das provas produzidas, de tal sorte que se mostraria contraditório admitir-se a prisão cautelar, decretada a partir de juízo sumário não exauriente, mas não reconhecer a execução provisória da penal, de cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias.

Para os Ministros adeptos a essa orientação, a execução provisória da pena não possuiria sequer um viés autoritário, posto ser amplamente admitida em países de tradição liberal, tais como os Estados Unidos da América, o Canadá e a França, não prevendo, qualquer outro país no mundo que, realizado o duplo grau de jurisdição, a condenação permaneceria suspensa aguardando o julgamento da Suprema Corte.

A execução provisória da pena representaria, de mais a mais, um mecanismo inibitório de manobras que buscariam procrastinar os julgamentos e impedir a execução da condenação dos réus levando, inclusive, à prescrição de penas. É por isso que, no tratamento do tema, haveria uma permissibilidade de balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, que também teriam o direito à proteção eficiente do Estado.

Para além isso, os recursos excepcionais não seriam dotados de efeito suspensivo, ponto que, alinhado à ausência de uma garantia legal e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, já que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.º, 2, “h”⁵⁵², disporia do direito do réu de recorrer contra a sentença penal condenatória, e não a um “triplo grau” de jurisdição, levaria a conclusão que inexistia qualquer risco de violação ao princípio da não culpabilidade.

3.1.4 O retorno a execução provisória da pena: o HC n.º 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016

Em 17 de fevereiro de 2016, restou submetida à análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o HC n.º 126.292/SP, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao negar pleito limitar requerido por Paciente condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, § 2.º, I e II⁵⁵³, Código Penal), manteve contra ele a expedição de mandado de prisão após a confirmação de sentença penal condenatória pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em uma nova reviravolta no tema, sete anos após a análise do HC n.º 84.078/MG⁵⁵⁴, pelo qual declarou-se a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em tese capitaneada pelo Ministro TEORI ZAVASKI e acompanhada pelos Ministros EDSON FACHIN, ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX, CARMEN LÚCIA, GILMAR MENDES e DIAS TOFFOLI, voltou a autorizar o cumprimento antecipado da pena.

Reiterando a argumentação já exposta nos votos vencedores proferidos no HC n.º 68.726/RJ e no HC n.º 69.964/RJ, bem como nos votos vencidos do HC n.º 84.078/MG, a

⁵⁵² Art. 8.º. (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

⁵⁵³ Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2.º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas.

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 maio 2019.

maioria dos Ministros pouco ou nada acresceram aos debates já tomados no Plenário do Supremo Tribunal Federal. Vale destacar, no entanto, a defesa de que a nova alteração de entendimento, implicaria na ocorrência de uma mutação constitucional, já que teria ocorrido uma mudança na realidade fática ou uma nova percepção do Direito, circunstância a impor uma releitura daquilo que deveria ser considerado ético ou justo.

Outrossim, apontou-se que, a partir do julgamento em segundo grau, haveria não apenas uma relativização da presunção de inocência, como, ainda, a sua inversão, elementos que legitimariam a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, tal qual prescrito pelo revogado art. 27, § 2.º, da Lei n.º 8.038/1990, bem assim o art. 637 do Código de Processo Penal. Ademais, a execução dessa decisão constituiria exigência de ordem pública necessária a assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, conforme dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que, com a confirmação da condenação, estabelecer-se-iam algumas certezas jurídicas, tais como a materialidade do delito, a autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas.

Em sentido oposto, e formando a corrente agora vencida, os MINISTROS ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), defenderam a manutenção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de vetar a execução provisória da pena, em nome do respeito ao princípio da segurança jurídica. Haveria, segundo consta, dificuldade de revisão do posicionamento anteriormente reconhecido quando do HC n.º 84.078/MG, apenas por conta da alteração da composição do Tribunal.

E para além da defesa dos argumentos outrora sustentados tendentes a vedar a execução provisória da pena, criticou-se o novo entendimento firmado pela maioria, aduzindo-se que a redação do art. 5.º, LVII, da Constituição, não permitiria a interpretação promovida, já que, onde o texto fosse claro, cessada estaria a interpretação, sob pena de a norma se ver

reescrita. Ademais, consolidado esse posicionamento, promulgada estaria, por meio de decisão judicial, uma emenda constitucional por interpretação constitucional, algo incabível.

Outrossim, aduziu-se a inadequação da prática registrada em outros Estado democráticos, tais como Estados Unidos e França, por exemplo, que autorizariam a execução provisória da pena, tendo em vista que, ao contrário da Constituição de 1988, tais nações não imporiam a observância do trânsito em julgado da condenação criminal como marco para o estabelecimento da presunção de inocência, tornando-se, assim, o modelo brasileiro mais protetivo no tocante a matéria.

Por fim, aduziu-se que o Supremo Tribunal Federal estaria entrando em contradição com o que ele próprio havia decidido quando da análise da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF⁵⁵⁵, no qual se reconheceu o estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro.

3.1.5 O julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, de 5 de outubro de 2016: o surgimento de uma terceira via

Com a restauração do entendimento anterior, no sentido do cabimento da execução provisória da pena, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) apresentaram, perante o Supremo Tribunal Federal, as Ações Declaratórias de

⁵⁵⁵ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF n.º 347-MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19/02/2016).

Constitucionalidade n.º 43 e 44/DF⁵⁵⁶, respectivamente, pugnando para que o Plenário reconhecesse a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal.

Apontando a existência de a controvérsia constitucional sobre a questão, o PEN e a OAB sustentaram a abrupta mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento da execução provisória da pena, ocorrida após o julgamento do HC n.º 126.292/SP. Desse modo, tendo o legislador, por meio do art. 283 do Código de Processo Penal, limitado às hipóteses de prisão no ordenamento pátrio, sustentaram a impossibilidade de que o Poder Judiciário, por meio de decisão aditiva, criasse modalidade de prisão não disposta na lei.

Postulou-se, outrossim, a concessão de liminar tendente à proibição da execução provisória da pena até o julgamento final do processo, bem como a suspensão das que estivessem em curso. No mérito, pleitearam a declaração de constitucionalidade do dispositivo em relação à Constituição Federal e, alternativamente, diante da declaração do estado de coisa inconstitucional do sistema prisional brasileiro pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a vedação da execução provisória da pena enquanto perdurasse essa condição ou fosse realizado o julgamento de mérito da ADPF n.º 347/DF.

Tal como previsto nos julgamentos anteriores, houve nova cisão da Corte, com as duas correntes já conhecidas. A novidade, nesse julgamento, foi o surgimento de uma terceira via quanto a execução provisória da pena, pelo qual defendeu-se que o cumprimento antecipado da pena somente poderia ter início após o esgotamento dos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça, com a análise do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (AREsp).

A posição vencedora, em voto inaugurado pelo Ministro EDSON FACHIN e acompanhado pelos Ministros LUIZ ROBERTO BARROSO, TEORI ZAVASKI, LUIZ FUX, GILMAR MENDES e CARMEN LÚCIA, seguiu a orientação que já vinha se desenvolvendo no julgamento

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

do HC n.º 126.292/SP, pelo qual a execução provisória seria cabível no ordenamento pátrio, ainda que à míngua do art. 283 do Código de Processo Penal e do art. 5.º, LVII, da Constituição, inclusive reiterando a maioria dos votos já proferidos anteriormente.

No que vale mencionar, defendeu-se que a leitura do art. 637 do Código de Processo Penal e do art. 995⁵⁵⁷ c/c art. 1.029, § 5.º⁵⁵⁸, do Código de Processo Civil, aplicado ao processo penal por força do art. 3.^º⁵⁵⁹ do Código de Processo Penal, conduziria a ideia de que remanesceria excepcional a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Ademais, ainda que tenha sido dada nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 12.403/2011, a interpretação do dispositivo não conduziria a regra de vedação a toda e qualquer prisão, com exceção daqueles expressamente previstas. Tampouco seria possível extrair do artigo, qualquer antinomia com o efeito devolutivo dos recursos excepcionais, já que, se assim o fosse, a solução pelo critério temporal levaria a prevalecer o Código de Processo Civil, cuja vigência é inegavelmente posterior a Lei n.º 12.403/2011.

Apesar da exigência de ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a produção de efeitos, conforme o art. 283 do Código de Processo Penal, defendeu-se que tal medida em nada seria incompatível com a regra especial que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não seriam ordinariamente dotados de efeito suspensivo.

Para essa corrente, nem mesmo o apego à literalidade da regra do art. 5.º, LVII, da Constituição, ao trazer a exigência de “trânsito em julgado”, seria capaz de conduzir a proibição

⁵⁵⁷ Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

⁵⁵⁸ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 5.º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido.

⁵⁵⁹ Art. 3.º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

da execução provisória da pena, sob pena de admitir-se que a Constituição erigiu, em caráter absoluto, uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias.

Não haveria, ademais, qualquer contradição entre a declaração do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro, conforme reconhecido na ADPF n.º 347-MC/DF, com a autorização do início da execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias. De acordo com o decidido, tal reconhecimento não fundamenta a interpretação das regras penais e processuais penais, além de que, quando daquela decisão, em nenhum momento propôs-se soluções para o sistema carcerário que tendessem a inviabilizar as hipóteses nas quais ao Estado seria legítima a imposição de sanções criminais.

Quanto à violação ao princípio da reserva legal, em vista da criação de modalidade de prisão não prevista na lei, defendeu-se que, ao contrário dessa hipótese, além de haver fundamento constitucional para o seu reconhecimento, tal orientação adviria do próprio art. 637 do Código de Processo Penal, ao dispor que os recursos excepcionais não teriam efeito suspensivo. Desse modo, o início da execução penal, ainda que em caráter provisório, seria decorrência lógica do efeito atribuído aos recursos extraordinário e especial.

Ao final, declarou-se a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, dando-se interpretação conforme à Constituição, a fim de que restasse afastada qualquer entendimento tendente a impedir o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, declarando-se, assim, coerente com a Constituição o cumprimento antecipado da pena quando houvesse condenação confirmada em segunda instância, salvo, mediante decisão judicial, a concessão de efeito suspensivo.

A posição vencida, por sua vez, defendida pelos Ministros MARCO AURÉLIO, ROSA WEBER, RICARDO LEWANDOWSKI e CELSO DE MELLO e já manifestada nos votos vencidos do HC n.º 69.964/RJ, no HC n.º 126.292/SP e que, em outra oportunidade, restou acolhida no HC n.º 84.078/MG, insistia na inadmissibilidade da execução provisória da pena, tendo em vista o

art. 5.º, LVII, da Constituição e, agora objeto de análise da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, a redação do dispositivo constante no art. 283 do Código de Processo Penal.

Reiterando posicionamentos anteriores, defendeu-se que o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal não deixava margem para dúvidas, no sentido de ser a culpa pressuposto da reprimenda, bem assim de que a sua ocorrência somente se daria após o decurso do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, seriam descabidas a arguição de argumentos metajurídicos, com o propósito de subverter a garantia da presunção de inocência.

Desse modo, por ter o Poder Legislativo, quando da edição da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011 modificado o art. 283 do Código de Processo Penal para adequar a legislação ordinária a Constituição Federal, não haveria como impor questionamentos acerca da sua constitucionalidade, uma vez que a sua redação seria justamente a reprodução de uma cláusula pétrea, cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado poderia vir a restringi-lo.

Para os Ministros que sustentavam a constitucionalidade irrestrita do art. 283 do Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal não poderia fazer política criminal em face da Constituição, mas com amparo nela e, no caso específico da execução provisória da pena, teria sido opção do constituinte de 1988 a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para que o acusado fosse considerado culpado pela prática de dado delito.

Outrossim, eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo que tivesse como fundamento o uso excessivo dos meios recursais, o que supostamente culminaria em uma sensação crescente de impunidade, deveria ser solucionado não com a negativa de reconhecimento da previsão de que ninguém será considerado culpado senão com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas com a reformulação do sistema processual por parte do Poder Legislativo, assegurando-se mais racionalidade e efetividade ao sistema.

Sustentou-se, ademais, para além da contradição do cabimento da execução provisória da pena diante do estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro, a ausência de coerência com o julgamento do HC n.º 69.696/SP⁵⁶⁰, no qual o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou não recepcionados os revogados arts. 393, II⁵⁶¹ e 408, § 1.^o⁵⁶², do Código de Processo Penal e que determinavam o lançamento prematuro do nome do réu no rol de culpados. Questionou-se, assim, como seria possível proibir a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, mas, paradoxalmente, admitir-se a execução antecipada da pena, a qual, por sua própria natureza, seria muitíssimo mais grave para o indivíduo.

Declarou-se, assim, a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, no sentido de que ninguém poderá ser preso senão nos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, vedada a execução antecipada da pena.

A terceira e última orientação, levantada pelo Ministro DIAS TOFFOLI⁵⁶³, representou uma novidade frente aos demais julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal e uma posição intermediária perante as duas correntes historicamente construídas. De acordo com essa posição, o cabimento do cumprimento provisório da pena somente seria possível quando esgotada a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁶⁰ “O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios. A norma inscrita no art. 408, § 1.^o, do CPP - que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - está derrogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível”. (HC n.º 69.696/SP, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/10/1993).

⁵⁶¹ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: (...) II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

⁵⁶² Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incursa o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

⁵⁶³ É importante registrar, até para os fins do presente trabalho, que o Ministro Marco Aurélio, muito embora tenha declarado, enquanto tese principal, a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, deferiu, caso vencido em maior extensão, a suspensão da execução provisória da pena cuja culpa estivesse sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça, nos termos da tese defendida pelo Ministro Dias Toffoli.

Isso porque, em sua interpretação literal, a presunção de inocência exigiria que o réu fosse tratado como inocente não apenas até o esgotamento dos recursos ordinários, mas sim até que ocorresse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Exatamente por isso, mostraria-se irrelevante, na matéria, o efeito dos recursos extraordinário e especial, uma vez que a disposição constante no art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 5.º, LVII, da Constituição seriam suficientes para impedir a execução provisória da pena.

Segundo esse posicionamento, seria possível interpretar o requisito de trânsito em julgado, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição, como exigência de certeza na formação da culpa, de modo que seria o recurso especial, o instrumento recursal adequado para tutelar o direito federal e, se necessário, promover à correção de ilegalidades de cunho individual, hipótese que, no recurso extraordinário, seria inviável diante de sua configuração, não se prestando a correções de cunho meramente individuais.

Isso implicaria reconhecer, portanto, que a certeza na formação da culpa derivaria de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como a própria sanção a ser eventualmente imposta, daí a evidente conclusão de que a enunciação desses valores estaria reservada ao Superior Tribunal de Justiça, enquanto intérprete último da legislação federal.

De mais a mais, se o trânsito em julgado se equiparia à constituição da certeza quanto a culpa, seria viável que a execução provisória da pena iniciasse após o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal Justiça, impondo-se, em consequência, uma releitura do art. 283 do Código de Processo Penal à luz da Constituição, acolhendo-se esse posicionamento.

3.1.6 Reiterando a execução provisória da pena: o ARE n.º 964.246-RG/SP, de 10 novembro de 2016

Em outra decisão firmada pelo Plenário⁵⁶⁴ do Supremo Tribunal Federal, julgada cerca de um mês após o julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e também por maioria, submeteu-se à análise da existência de repercussão geral, o Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP⁵⁶⁵, cujo mérito, tal qual as decisões já mencionadas, buscava ver impugnada a possibilidade de cumprimento provisório da pena.

A análise foi realizada, assim, em caso no qual combatia-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao analisar recurso de apelação contra a condenação pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, manteve o réu condenado a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, bem como determinou o imediato cumprimento provisório da pena imposta.

Diferentemente do que vinha se desenvolvendo em decisões anteriores referentes a matéria, apenas duas correntes foram debatidas no processo submetido ao regime de repercussão geral. A primeira defendendo a inadmissibilidade da execução provisória da pena, por atentar contra o disposto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal e a segunda, sustentando o seu cabimento diante da ausência de violação a dispositivos da Constituição.

Em posição vencedora, os Ministros TEORI ZAVASKI, EDSON FACHIN, ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX, CARMEN LÚCIA e GILMAR MENDES, posicionaram-se no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se o cabimento da execução provisória da pena, reiterando a argumentação já apresentada no HC n.º 126.292/SP e na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF.

O único acréscimo aos argumentos anteriores é que o recurso extraordinário configuraria hipótese típica de instrumento destinado a prolongar o curso da ação penal,

⁵⁶⁴ O julgamento foi realizado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP*. Recorrente: M. R. D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 5 maio 2019.

buscando não a rediscussão do mérito, tampouco questões ligadas à culpabilidade ou à fixação da pena, mas, unicamente, prolongar a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em sentido contrário, mas vencidos na oportunidade, defenderam os Ministros CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO, DIAS TOFFOLI e RICARDO LEWANDOWSKI⁵⁶⁶, a vedação a execução antecipada da pena. Houve, inclusive, crítica à submissão do tema ao regime de repercussão geral, diante do fato de que a matéria ainda não estar devidamente pacificada no Plenário, já que pendentes o julgamento de mérito da ADC n.º 43 e 44/DF.

Ao final do julgamento, e por maioria, diante das posições que já vinham se formando, decidiu-se 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”.

3.1.7 A consolidação da execução provisória da pena e o surgimento de uma quarta via: o HC n.º 152.752, de 4 de abril de 2018

O último julgamento realizado pelo Plenário discutindo o cabimento da execução antecipada da pena, deu-se quando da análise do HC n.º 152.752/PR⁵⁶⁷, no qual o Paciente, condenado em primeiro grau pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, teve a sentença penal condenatória mantida por decisão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região que, imediatamente, determinou o cumprimento provisório da pena.

Apesar do mérito da impetração tratar da admissibilidade da execução provisória da pena, o processo acabou sendo levado para apreciação do Plenário, diante da divergência

⁵⁶⁶ A Ministra Rosa Weber, muito embora tivesse assento na decisão, não se manifestou sobre o tema, deixando de votar.

⁵⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 152.752/SP. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 5 maio 2019.

existente entre a 1^a e 2^a Turmas do Supremo Tribunal Federal que adotavam entendimentos diversos acerca da admissibilidade do *habeas corpus* substitutivo de recurso. A questão foi, entretanto, rapidamente julgada, admitindo o Plenário o seu cabimento por uma maioria de sete votos a quatro.

Resolvido esse ponto, o Tribunal, pela sétima vez, voltava a analisar a possibilidade de imposição do cumprimento provisório da pena, quando pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário. Diferentemente do que vinha se avizinhando, no entanto, uma nova corrente foi proposta para lidar com a matéria, surgindo daí a proposta de trânsito em julgado progressivo e a possibilidade de início da execução provisória para crimes graves.

A primeira posição, defendida pelos Ministros EDSON FACHIN, ALEXANDRE DE MORAES, ROBERTO BARROSO, ROSA WEBER⁵⁶⁸ e LUIZ FUX, foi no sentido de denegação da ordem de *habeas corpus*, permitindo-se, em consequência, que o réu tivesse a execução provisória da pena mantida, tal qual o Supremo Tribunal Federal já havia autorizado na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, no ARE n.º 964.246-RG/SP, no HC n.º 126.292/SP, no HC n.º 69.694/RJ e no HC n.º 68.726/RJ.

Demais disso, negou-se a revisão da orientação já consolidada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido de autorizar o cumprimento antecipado da pena, com fundamento no art. 926 do Código de Processo Civil, pelo qual exigiria que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Ademais, inexistindo revisão do assunto em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não seria possível defender-se a existência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, ao manter a execução

⁵⁶⁸ A Ministra Rosa Weber, muito embora tenha posicionamento contrário a execução provisória da pena, acompanhou os votos que denegavam o *writ*, afirmando não ter “como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acordão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal Federal, rejeita a ordem de *habeas corpus*, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o *locus* apropriado para revisitar tais temas”.

provisória da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região, apenas teria seguido a jurisprudência consolidada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Em sentido contrário, mantendo orientação que negava a admissibilidade do cumprimento antecipado da pena diante do art. 5.^º, LVII, da Constituição e do art. 283 do Código de Processo Penal, a segunda corrente, adotada pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO, reiterou a argumentação já exposta em outros julgamentos.

Em acréscimo a esse posicionamento, alegou-se que mesmo com a legitimação da execução provisória da pena por entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal seria necessária não apenas a confirmação da condenação em segunda instância, mas ainda, a exposição dos motivos que levariam à necessidade de o acusado iniciar o cumprimento antecipado da pena, conforme disposição do art. 5.^º, LXI⁵⁶⁹ e art. 93, IX⁵⁷⁰, da Constituição.

A terceira corrente, defendida pelo Ministro DIAS TOFFOLI desde o julgamento da Medida Cautelar na ADC n.^º 43 e 44/DF, sustentou, reiterando integralmente a argumentação já apresentada, que o início da execução provisória da pena deveria aguardar o resultado da análise do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista ser este o último momento em que se poderia analisar a culpabilidade do agente e, eventualmente, obter-se alguma reforma.

Ao inaugurar a quarta corrente sobre o tema, o Ministro GILMAR MENDES acabou idealizando uma proposta que adequava não apenas as manifestações já sustentadas pelo Ministro ROBERTO BARROSO, entendendo impositiva a execução provisória da pena enquanto

⁵⁶⁹ Art. 5.^º (...) 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.

⁵⁷⁰ Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

medida a salvaguardar a ordem pública, como também as do Ministro DIAS TOFFOLI, para quem a análise da culpabilidade do agente teria fim após análise do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, argumentou-se que, ao contrário do que vinha ocorrendo nas demais instâncias após as decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena seria não uma medida automática para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, da gravidade ou do apenamento determinado, mas uma possibilidade.

Assim, tal qual já havia sustentado o Ministro DIAS TOFFOLI no julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, o cumprimento provisório da pena somente poderia ser determinada após o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, surgindo, a partir daí, o que se denominaria de “trânsito em julgado progressivo”, isto é, a exequibilidade da pena caso o réu não viesse a recorrer de alguma das penas aplicadas ou, apelando, discutisse matérias que não influiriam na pena imposta.

A divergência desse posicionamento para com a tese inaugurada pelo Ministro DIAS TOFFOLI é que, diferentemente daquela, para hipóteses de crimes graves, no qual o regime fechado seria normalmente imposto, o cumprimento da pena já poderia ter início a partir do julgamento em segundo grau, justificando-se a sua aplicação na necessidade de garantia da ordem pública e/ou da lei penal.

A tese final defendida por essa corrente foi, portanto, no sentido de que diante da formação progressiva da culpa, o início da execução da pena deveria se dar a partir do julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, fixando-se como limite à vedação ao cumprimento antecipado da pena, os primeiros embargos de declaração opostos pelo acusado.

Além dessa possibilidade, três seriam as outras hipóteses de antecipação da pena: quando a pena imposta fosse incontroversa e não tivesse ensejado a interposição de recurso, na

hipótese de a matéria questionada em recurso já ter sido apreciada no julgamento de *habeas corpus* submetido ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal e, por fim, quando se cuidasse de crimes graves, e fosse determinado o regime fechado para o cumprimento da pena.

3.2 Crítica aos argumentos legitimadores da execução provisória da pena

A modificação de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 126.292/SP, reiterado Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, no ARE n.º 964.246-RG/SP e no HC n.º 152.752/PR, ao reintroduzir o cabimento da execução provisória da pena, em sentido contrário ao que o próprio Plenário havia entendido no HC n.º 84.078/MG, longe de representar uma simples mutação constitucional, tal qual defendido, implicou, verdadeiramente, num claro quadro de rompimento constitucional.

Com um dispositivo no qual a Constituição expressamente prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII), o Supremo Tribunal Federal, como se autorizado a reescrever a própria Constituição através de seus pronunciamentos⁵⁷¹, decidiu que a sua redação seria lida da seguinte forma: “ninguém será considerado culpado até (...) sentença penal condenatória”.

A nova interpretação, no entanto, para que pudesse ser tratada como mutação constitucional, necessitaria, segundo GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”⁵⁷², o que evidentemente não se evidenciou nos votos proferidos.

⁵⁷¹ Essa foi a conclusão do próprio Ministro Marco Aurélio que, no HC n.º 126.292/SP, advertiu que “há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”.

⁵⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...cit.*, p. 151.

A imposição de limites para a mutação constitucional é encontrada, também, em escritos de LUÍS ROBERTO BARROSO, para quem ao seu cabimento seria impostos alguns limites insuperáveis. O primeiro, diz ele, ligado a própria possibilidade semântica do texto, ou seja, aos possíveis sentidos do texto interpretado e, o segundo, aos princípios fundamentais que dão identidade a própria Constituição. Desatendido quaisquer dessas disposições, seria necessário, conclui, a convocação do poder constituinte, reformador para a primeira hipótese, e originário para a segunda⁵⁷³.

Seja como for, enquanto modificação natural e não forçada que ocorre na Constituição, sem que haja modificação do texto, a mutação constitucional somente se legitima quando, ao interpretar o texto constitucional, surgirem fatos novos que não foram previstos na interpretação anterior ou, em se tratando de fatos antigos já conhecidos, apresentarem uma nova relação ou um novo significado⁵⁷⁴. Entretanto, há um ponto que precisa ficar claro: a mutação constitucional somente se legitima quando provém de um processo natural, não intencional e imperceptível⁵⁷⁵, e não mediante interpretações que procurem forçar a conclusão adotada.

A simples leitura dos votos apresentados no HC n.º 126.292/SP, Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, no ARE n.º 964.246-RG/SP e no HC n.º 152.752/PR mostra que, longe de representar um ponto de inflexão, como o surgimento de fatos novos ou a existência de uma nova relação entre os fatos já conhecidos e o seu novo significado, a execução provisória da pena foi amparada em argumentos já identificados e afastados pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando da análise do HC n.º 84.078/MG que, ao impor um novo entendimento a

⁵⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...cit.*, p. 162-163.

⁵⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2009. p. 95-96.

⁵⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 96. Em mesmo sentido, HESSE, Konrad (Limites da mutação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151) observa que “tanto o Tribunal Constitucional Federal como a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente”.

Suprema Corte, trouxe à baila uma gama de novas questões tendentes a vedar, no ordenamento constitucional, à admissibilidade do cumprimento provisório da pena⁵⁷⁶.

Assim, muito embora a mutação constitucional seja possível diante do fato de que “as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis”, bem como de que “os mortos não podem governar os vivos”, para usar as palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO⁵⁷⁷, é certo que há limites intransponíveis na atividade interpretativa e que não podem acabar por romper o próprio texto constitucional, de modo que exige-se fundamentações mais atentas e diferenciadas, que estejam acompanhadas de critérios comprováveis⁵⁷⁸.

É exatamente o teor literal do texto constitucional que demarca as fronteiras das variantes de sentido, isto é, aquilo que se pode funcionalmente defender e que, constitucionalmente, é admissível⁵⁷⁹. Daí a razão de escrever NELSON NERY JUNIOR, ao tratar dos limites toleráveis na mutação constitucional que, “a interpretação a ser produzida precisa ser comportada pelo programa normativo, pelo texto constitucional. Do contrário, a interpretação será arbitrária e decisionista, porque contrária a texto expresso da Constituição”⁵⁸⁰.

Isso conduz a ideia de que uma coisa é a admissão de alterações em âmbito normativo que podem se considerar suscetíveis no programa normativo constitucional, outra, completamente diversa, é a legitimação de entendimentos que impliquem em alterações

⁵⁷⁶ Essa posição é, ademais, compartilhada para STRECK, Lenio Luiz (*Presunção...cit.*, p. 323), para quem “por ocasião do julgamento do HC 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – por meio do qual buscou reprimir a jurisprudência tradicional, sob o álibi da efetividade processual, voltada à instituição de uma verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, inclusive os processos da Operação Lava Jato”.

⁵⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...cit.*, p. 157. STRECK, Lenio Luiz (*Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 111), vê nisso como um paradoxo porque “do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”.

⁵⁷⁸ HESSE, Konrad. *Limites...cit.*, p. 168. Daí defender que “provar em cada caso a modificação do ‘âmbito normativo’ de uma norma constitucional requer algo mais que a invocação genérica da ‘força normativa do fático’ ou das ‘necessidades vitais do Estado’. (Idem, *ibidem*, p. 168)

⁵⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Anotações...cit.*, p. 97.

⁵⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 97.

manifestamente incabíveis do programa constitucional⁵⁸¹, constituindo-se, aliás, o que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO chama de “realidade constitucional inconstitucional”⁵⁸².

A mutação constitucional, pois, somente está legitimada quando fundada em elementos concretos e que obedecem aos próprios limites linguísticos do texto constitucional, sob pena de cair-se no que KONRAD HESSE denominou de “rompimento constitucional”, isto é, a pretexto de “realizar” a Constituição, o intérprete acaba por impor uma realidade que é contra a própria Constituição, desviando-se do próprio texto dado⁵⁸³. A execução provisória da pena mostra, e aparentemente uma simples leitura do inciso LVII do art. 5.º da Constituição é suficiente para se chegar a essa constatação, que ao modificar o entendimento consolidado no HC n.º 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pretendeu mudar não o sentido da interpretação do texto, mas a própria redação do dispositivo constitucional⁵⁸⁴.

E se a própria violação da literalidade do texto constitucional não fosse suficiente grave, ao entender cabível o cumprimento antecipado da pena, o Excelso Pretório acabou afastando, inclusive, o programa constitucional discutido e aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte que, ao tratar da presunção de inocência, expressamente afastou todas as propostas que não estabeleciam o “trânsito em julgado”, como marco jurídico de proteção⁵⁸⁵.

Por isso é preciso questionar, ainda que se trate de uma pergunta retórica, o que, de novo, efetivamente trouxeram os votos proferidos no HC n.º 126.292/SP, na ADC n.º 43 e 44/DF, no ARE n.º 964.246-RG/SP e no HC n.º 152.752/PR, ao autorizarem a execução provisória da pena? A possibilidade de, como restou apontado em um dos julgamentos, ricos delinquentes, antes não atingidos pelo Direito Penal, serem presos, como “qualquer pessoa que

⁵⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...cit.*, p. 1129.

⁵⁸² Idem, *ibidem*, p. 1129

⁵⁸³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 45-52.

⁵⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...cit.*, p. 322. Para HESSE, Konrad (*Limites...cit.*, p. 162), “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-compreensões opostos, não cabe discussão”.

⁵⁸⁵ Sobre as discussões estabelecidas na Assembleia Nacional Constituinte, cf., *supra*, item 2.2.2.

ganha mais do que cinco salários mínimos”.⁵⁸⁶ Ou o fato de, como também restou levantado, a sociedade civil apresentar resistência ao “Poder Judiciário na compreensão da presunção de inocência em aparente descaso com a realidade subjacente, de elevada criminalidade, em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas”⁵⁸⁷. Onde permanece, afinal, a Constituição quando dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E se o contexto de rompimento constitucional não fosse por demais inadmissível, a situação torna-se ainda dramática quando, ao tratar do tema no âmbito legislativo, notar-se que o legislador infraconstitucional, ao modificar o art. 283 do Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, buscou harmonizar o Direito Processual Penal com a Constituição de 1988, não só espalhando, mas reforçando o dispositivo com a presunção de inocência⁵⁸⁸ e consagrando-se, em definitivo no texto legal, o julgamento do HC n.º 84.078/MG pelo Supremo Tribunal Federal.

Tabela 1. Espelhamento do art. 5.º, LVII e LXI, da CF com o art. 283 do CPP

Constituição Federal	Código de Processo Penal
Art. 5.º: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 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.	Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Fonte: STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...*cit., p. 322

⁵⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 152.752/SP. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁵⁸⁷ Idem.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...*cit., p. 322.

Veja-se, portanto, que o art. 283 do Código de Processo Penal reproduziu, quase que integralmente, a previsão constante no art. 5.º, LVII e LXI, da Constituição, implicando no reconhecimento, a partir de então, de que o ordenamento pátrio somente admitiria a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva, bem como a prisão fundada em sentença penal condenatória com trânsito em julgado⁵⁸⁹, tornando a decisão do Supremo Tribunal Federal não apenas contrária ao texto constitucional e legal, mas principalmente, mostrando que a mudança de entendimento manifestada a partir do HC n.º 126.292/SP cuidou-se não de mutação, mas efetivamente de um rompimento constitucional.

Não há sequer, ademais, como justificar a tese, firmada pelo Supremo Tribunal Federal na análise da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF que, ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, deu interpretação conforme ao dispositivo para, assentando-o coerente com a Constituição, declarar a possibilidade da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição. Afinal, como é possível dar “interpretação conforme” a um dispositivo que, como referido, espelha o art. 5.º, LVII e LXI, da Constituição. Seria, pois, a Constituição ela própria inconstitucional?

Não cabe, e basta uma leitura do art. 2.º da Constituição de 1988, pelo qual, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, para se compreender o descabimento da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal alvorar-se na atribuição de fazer escolhas políticas em nome da sociedade, extrapolando não só os seus próprios limites⁵⁹⁰, mas, como já mencionado, reescrevendo um dispositivo que, discutido amplamente em Assembleia Nacional Constituinte quis, expressamente, declarar que a culpabilidade do indivíduo somente se perderia com o decurso do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e não do mero julgamento em segunda instância.

⁵⁸⁹ Sobre esse tema, cf., item 2.6.1, *supra*, nota n.º 527.

⁵⁹⁰ MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 151, jan. 2019, p. 206.

Não é preciso dizer muito. O ato de vontade manifestado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal está rodeado por uma série de falhas dogmáticas e histórico-políticos que, merecem, por sua relevância, uma maior atenção. A seguir, portanto, apresentamos uma crítica aos principais argumentos utilizados para justificar a execução provisória da pena, esclarecendo algumas questões que entendemos insuperáveis e que colocaram a presunção de inocência em um lugar diferente daquele previsto pela Constituição de 1988.

3.2.1 A questão do direito ao duplo grau de jurisdição

Questão mencionada desde o julgamento do HC n.º 84.078/MG e reiterada na análise do HC n.º 126.292/SP, na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e no HC n.º 152.752/PR, diz para com a ideia de que não existiria uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tampouco o direito a um “triplo grau” de jurisdição. Ademais, segundo apontado, em nenhum país do mundo, observado o duplo grau de jurisdição, a execução da condenação ficaria suspensa aguardando a decisão da Suprema Corte.

Em que pese o argumento, entendemos que ele não é capaz de legitimar a execução provisória da pena. A garantia ao duplo grau de jurisdição, entendida como o direito de acesso a um órgão superior⁵⁹¹ e diverso⁵⁹² para análise e eventual revisão de uma decisão, muito embora esteja previsto apenas de forma implícita na Constituição de 1988⁵⁹³, foi expressamente

⁵⁹¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso...cit.*, p. 83. Para GIACOMOLLI, José Nereu (*O devido...cit.*, p. 291), “o direito ao duplo pronunciamento vincula-se à possibilidade de revisão do juízo acerca da matéria fática e a jurídica a ela afeta e não somente da jurídica, sob pena de limitação desse direito, embora a pretensão reformatória possa ser somente da qualificação jurídica dada aos fatos”.

⁵⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: RT, 2016. p. 36.

⁵⁹³ SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 251. Em mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo...cit.*, p. 72. Para CRUZ, Rogerio Schiatti Machado Cruz (*Garantias...cit.*, p. 27) “a própria configuração de um Estado de Direito Democrático – e aqui reside o fundamento político para o duplo grau – não se compatibiliza com a ideia de um processo penal regido por um juízo único, avesso ao controle interno pelas partes. Os mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural consequência dos princípios democráticos – e também humanitários – que informam o sistema jurídico de uma nação, assentada sobre o valor da justiça e da dignidade da pessoa humana”.

consagrado no art. 8.º, 2, “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, pelo qual toda pessoa acusada de delito, tem o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, tratando-se de norma materialmente constitucional⁵⁹⁴ e inserida ao lado das garantias constitucionais⁵⁹⁵.

Entretanto, ainda que, eventualmente, tal direito possa ser limitado diante da extensão do recurso subscrito, como ocorre nos recursos especial e extraordinário, em que a análise da matéria fática está limitada, nos termos da Súmula n.º 279 do Supremo Tribunal Federal⁵⁹⁶ e da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹⁷, exigindo-se, ainda, no caso do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral, conforme o art. 102, § 3.º, da Constituição⁵⁹⁸, é certo que, tal circunstância não afasta a exigência de “trânsito em julgado” da sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII, da Constituição) como condição para o afastamento da presunção de inocência.

Dito de outra forma, apesar de o art. 8.º, 2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos não prever um “triplo” ou “quarto” grau de jurisdição, o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal impõe, como o reconhecimento da culpabilidade e início do cumprimento da pena, a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de tal modo que, enquanto pendente à análise dos recursos cabíveis pelo ordenamento e legitimamente utilizados pelo réu, não há como justificar-se a execução provisória da pena.

Foi escolha da Assembleia Nacional Constituinte, a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o que o acusado pudesse ser, finalmente, considerado “culpado” pelo cometimento de um delito e, consequente, pudesse iniciar o cumprimento da pena imposta. Daí a conclusão, aliás, do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI,

⁵⁹⁴ Sobre o caráter materialmente constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, cf., *supra*, item 2.3.1.

⁵⁹⁵ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção...*cit., p. 121.

⁵⁹⁶ Súmula n.º 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁵⁹⁷ Súmula n.º 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso”.

⁵⁹⁸ Art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

no julgamento da Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, de que ainda que o duplo grau de jurisdição seja adotado e limitado em outros países, o Brasil foi soberano em suas escolhas políticas e jurídicas⁵⁹⁹ ao exigir o “trânsito em julgado” para que fosse possível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Não se desconhece, é certo, que o duplo grau de jurisdição foi prescrito justamente para reduzir e corrigir as chances de erro, de omissões e defeitos⁶⁰⁰ e que, ao proceder a confirmação da condenação em segunda instância, o Tribunal certamente agiu com todo o rigor e cuidado que o caso exige. Entretanto, a redação do art. 5.º, LVII, da Constituição, mostra que a simples submissão do caso a uma instância revisora, não é suficiente para que a presunção de inocência se desfaça, sendo condição inarredável que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, ainda que, de fato, seja garantido apenas o “duplo grau” de jurisdição, e não um “terceiro” ou “quarto” graus, a Constituição não se satisfez em ver reconhecida apenas a culpabilidade do agente pela jurisdição ordinária, reivindicando, isto sim, a ocorrência do “trânsito em julgado” como condição para que a culpa declarada judicialmente fosse legitimada, de modo que o respeito ao duplo grau de jurisdição em nada influi na aplicação da presunção de inocência que fala em trânsito em julgado da condenação.

3.2.2 O esgotamento da jurisdição ordinária e a possibilidade de trânsito em julgado progressivo

Ponto enfrentado desde a análise do HC n.º 84.078/MG e julgamentos posteriores, foi o de que, diante da impossibilidade de reapreciação de matéria fática pelos recursos especial

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 39; GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido...*cit., p. 294.

e extraordinário, uma vez que nestas vias recursais apenas teses jurídicas seriam enfrentadas, argumentou-se que, com a fixação da responsabilidade penal pelas instâncias ordinárias, legitimada estaria a execução provisória da pena.

Isso porque, segundo apontado no HC n.º 126.292/SP, na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e no HC n.º 152.752/SP, com o julgamento proferido em segunda instância confirmando a sentença penal condenatória ou reconhecendo a responsabilidade penal do agente, ocorreria uma espécie de progressão na culpabilidade do indivíduo, reduzindo-se a presunção de inocência à medida em que a persecução penal fosse evoluindo de estágio.

Aliás, justamente fundada na ideia de que o trânsito em julgado seria progressivo, é que se desenvolveu o terceiro posicionamento, no sentido de que o cumprimento provisório da pena poderia ter início logo após o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, posto ser neste grau de jurisdição, a última oportunidade pela qual o réu poderia obter alguma reforma envolvendo circunstâncias fáticas ou aspectos ligados à pena.

De nossa parte, entretanto, a argumentação empregada pelo Supremo Tribunal Federal parece revelar uma série de equívocos, seja quanto à questão do esgotamento da jurisdição ordinária, seja pela ideia de formação progressiva do trânsito em julgado, uma vez que esses raciocínios não apenas ignoram a dogmática ligada ao tema, como, ainda, a própria dicção literal do art. 5.º, LVII, da Constituição, cuja ênfase ao “trânsito em julgado” é, inclusive, utilizada em inúmeros outros dispositivos constitucional.

No que diz respeito ao esgotamento das vias ordinárias e a vedação à apreciação de matéria fática em grau de recurso especial e extraordinário, é preciso reconhecer que, no plano ontológico, é impossível distinguir a questão de direito da questão de fato, já que o fenômeno Direito ocorre no momento de incidência da norma ao mundo real, isto é, o Direito acontece

quando o mundo dos fatos encontra o mundo das normas⁶⁰¹, de modo que uma questão de fato sempre será uma questão de Direito e vice-versa, tornando-se impossível cindi-los⁶⁰² e, em consequência, haver processo sem caso concreto.⁶⁰³ Para ANTONIO CASTANHEIRA NEVES,

Geralmente se reconhece que a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre “o direito” e “o facto” não é realizável, dado que se, por um lado, os “factos relevantes” são já em si seleccionados e determinados em função da norma aplicável (o direito), por outro lado, não pode deixar de ser seleccionada e determinada em função da estrutura concreta do caso a decidir. Ao considerar-se que a questão-de-facto está implicitamente presente e relevante a questão-de-direito; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-facto. Ou, numa formulação mais expressiva: “para dizer a verdade o ‘puro facto’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito; o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”⁶⁰⁴.

A distinção estabelecida entre questão de fato e questão de direito não deve, portanto, ser vista como formas autônomas e totalmente independentes uma da outra, porquanto elas coexistem reciprocamente no caso concreto⁶⁰⁵, sendo imprescindível, para a correta aplicação da norma, a análise dos fatos sobre os quais foi a lei foi aplicada⁶⁰⁶. Até porque, diga-se, o processo não trabalha com fatos puros, e sim com fatos que carecem de significado, impondo-se ao intérprete, para alcançar o sentido o direito, a apreciação do caso concreto⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo* 92, São Paulo, RT, out./dez. 1998, p. 53.

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...*cit., p. 328.

⁶⁰³ ABOUD, Georges. *Processo...*cit., p. 219.

⁶⁰⁴ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto-questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 55-56.

⁶⁰⁵ ABOUD, Georges. *Processo...*cit., p. 219.

⁶⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção...*cit., p. 53.

⁶⁰⁷ SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. *A questão do fato e a questão do direito a partir de uma perspectiva hermenêutica*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. p. 112. Em outro estudo, NEVES, Antonio Castanheira (A distinção entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 499) ao tratar novamente do tema, afirma que “o ‘facto’ e o ‘direito’, a ‘matéria de fato’ e a ‘matéria de direito’, a ‘questão de facto’ e ‘questão de direito’, são, pois, nesta perspectiva, conceitos cujos conteúdos significativo e objectivo-intencional (...) têm o seu fundamento e critério decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo e, unicamente nelas”.

Exatamente por isso, soa extremamente limitada a afirmação, defendida pelo Supremo Tribunal Federal e empregada como argumento para restringir a presunção de inocência, de que os recursos extraordinário e especial estariam ligados apenas à análise das teses jurídicas e não da matéria de fato, como se fosse possível, do ponto de vista teórico, proceder-se a essa separação entre “questão de fato” e “questão de direito”, bem como tratassem de pontos diametralmente opostos, no qual o intérprete se depararia com os fatos despidos para, só então, vestir-lhes o sentido cabível⁶⁰⁸.

Ademais, ao contrário do que se defende, ao julgarem o recurso especial e extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, não estão apenas se limitando a discutir a questão constitucional ou infraconstitucional submetida à apreciação⁶⁰⁹, como se ela estivesse descolada dos interesses do acusado. A pender o resultado do julgamento, a decisão é capaz de impactar diretamente o direito concreto do recorrente⁶¹⁰ que poderá vir a ser absolvido ou ter a sua pena reduzida⁶¹¹, inclusive com a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restritiva de direito, por exemplo.

Do ponto de vista técnico-processual⁶¹², o que efetivamente ocorre nos recursos excepcionais, é a implementação de mecanismos que, no tocante a matéria fática, impedem o emprego de tais recursos visando o simples reexame das provas⁶¹³, isto é, a reavaliação de como os fatos ocorreram, diante do material probatório produzido⁶¹⁴, hipótese que, entretanto, não se confunde com a reavaliação da prova, no qual procede-se a requalificação dos fatos diante de descumprimento da norma que fixa o valor possível da prova⁶¹⁵.

⁶⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Presunção...*cit., p. 329.

⁶⁰⁹ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões...*cit., p. 127.

⁶¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 331.

⁶¹¹ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões...*cit., p. 127.

⁶¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção...*cit., p. 53.

⁶¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 337.

⁶¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção...*cit., p. 56.

⁶¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 56.

Torna-se possível, assim, a interposição de recurso especial e extraordinário para questionar-se os critérios de apreciação da prova, os princípios da prova, a errônea aplicação das regras de experiência, a utilização de provas ilícitas, incluindo-se a prova ilícita por derivação, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais ou a distribuição do ônus da prova⁶¹⁶, autorizando-se, outrossim, a admissão do recurso como mecanismo para verificação da valoração probatória no que diz respeito aos princípios gerais da experiência, as leis do pensamento e os fatos notórios⁶¹⁷.

O controle da motivação⁶¹⁸, por sua vez, também é matéria que pode ser submetida à análise perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, tendo como fundamento, para o recurso especial, o art. 381, III⁶¹⁹, do Código de Processo Penal e o art. 489 e § 1.⁶²⁰ do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal e, para o recurso extraordinário, o art. 93, IX, da Constituição Federal, diante da análise incompleta sobre as questões de fato⁶²¹ ou da ausência de fundamentação acerca de questões a que o juízo deveria se manifestar⁶²².

⁶¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos...cit.*, p. 203; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...cit.*, p. 338; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...cit.*, p. 1283.

⁶¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...cit.*, p. 338.

⁶¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 338.

⁶¹⁹ Art. 381. A sentença conterá: (...) III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

⁶²⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocatória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁶²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...cit.*, p. 338.

⁶²² Essa matéria já foi inclusive, analisada pelo Plenário do STF, decidindo-se que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI n.º 791.292-RG-QO/PE, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/08/2010).

Outra hipótese de cabimento dos recursos excepcionais, diz para com a possibilidade de questionamento da qualificação jurídica atribuída a determinado fato⁶²³, isto é, sem se perquirir o que efetivamente restou provado, é possível analisar se o Tribunal *a quo*, ao proceder a aplicação da lei, o fez corretamente quanto àquelas provas e somente a elas⁶²⁴. Autoriza-se assim, a título de exemplo, verificar se, diante do quadro fático apresentado e do debate jurídico firmado pelas instâncias de origem, o caso levado a julgamento diria respeito a uma modalidade culposa ou dolosa, se um crime tentado ou consumado, se incidiria o tipo penal “X” ou “Y”, dentro de outras possibilidades ligadas à qualificação jurídica dos fatos.

Isso por si só mostra que, ao contrário do entendimento autorizando a execução provisória da pena, apesar das limitações impostas, reconhecidas com as disposições da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula n.º 279 do Supremo Tribunal Federal, os recursos especial e extraordinário não deixam de analisar a questão fática de forma absoluta⁶²⁵. A limitação, diga-se, está ligada unicamente a forma como os fatos serão interpretados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

E se ainda assim não fosse, é certo que, por conta do interesse jurídico tutelado no processo penal, mesmo diante de caso de inadmissibilidade do recurso por falta de prequestionamento, repercussão geral ou quaisquer outros vícios formais, evidenciando-se lesão ou ameaça à liberdade de locomoção⁶²⁶, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo

⁶²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 339; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos...*cit., p. 203.

⁶²⁴ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários...*cit., p. 1273.

⁶²⁵ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “a subsunção das provas feita pelo acórdão estadual padeceu de vícios, motivo pelo qual pôde ser revista nesta Corte, tratando-se o caso não de reexame, mas de revaloração de provas” (AREsp n.º 1.382.703-AgR/GO, 6ª t., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 29/08/2019). Também já disse que “a prolação do *decisum* singular não demandou em momento algum a incursão no acervo fático-probatório encartado nos autos, mas tão-somente a revaloração jurídica dos fatos expressamente admitidos e delineados no acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, providência que se compatibiliza com a jurisprudência sedimentada nesta Corte” (AREsp n.º 1.454.029-AgR/GO, 5ª t., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 06/06/2019). No Supremo Tribunal Federal, o Plenário já firmou posição entendendo ser inaplicável a “Súmula 279, quando se cuida de rever a qualificação jurídica de fatos incontroversos e não de discutir-lhes a realidade ou as circunstâncias” (RE n.º 210.917/RJ, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 18/06/2001).

⁶²⁶ Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal: RE 597.365-AgR-AgR/ES, 2ª t., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 21/11/2013; ARE 666.424-AgR/SC, 1ª t., rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/04/2013; AI 714.266-AgR-ED/SP, 2ª t., rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 01/03/2013; RE 273.363/MG, 1ª t., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/10/2000.

Penal, “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”⁶²⁷.

Em consequência, não há como sustentar-se que, à medida em que avançam os graus recursais, haveria uma progressividade na culpabilidade do acusado, diminuindo-se, em consequência a presunção de inocência do indivíduo. Isso porque, diferentemente de alguns posicionamentos manifestados no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, adota a culpabilidade jurídica em contraposição a culpabilidade fática⁶²⁸.

Desse modo, o reconhecimento da culpabilidade no ordenamento pátrio depende do transcurso do processo até que sobrevenha a imutabilidade da sentença condenatória, a qual exige a superveniência de marco temporal determinado, que é justamente o “trânsito em julgado” e não a mero esgotamento da apreciação da matéria de fato, como se dá nos Estados Unidos⁶²⁹. É só a partir do preciso momento em que a sentença condenatória transita em julgado que o acusado, até então presumidamente inocente, passa ao *status* de culpado, tornando-se possível, a partir daí, a execução definitiva da pena imposta ao indivíduo, exaurindo-se o poder-dever do Estado de acusar⁶³⁰.

Ao contrário do que ocorre em outros países, portanto, a Constituição de 1988 procrastina o efeito da presunção de inocência até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que, não sobrevindo o marco temporal delineado, o

⁶²⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários...*cit., p. 1273.

⁶²⁸ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões...*cit., p. 126.

⁶²⁹ Idem, *ibidem*, p. 126.

⁶³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1, p. 537-538. Em mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...*cit., p. 445.

pronunciamento acerca da culpabilidade do processado permanece sendo provisória, independentemente do que tenha reconhecido às instâncias antecedentes⁶³¹.

Soam equivocadas, portanto, afirmações no sentido de que “o sujeito presume-se inocente até prova em contrário”, tal como escreve PAULO CÉSAR BUSATO⁶³², ou assertivas que buscam vincular a presunção de inocência à apreciação das provas em segunda instância ou, ainda, consolidar a culpa do agente a partir do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ser esta, em tese, a última oportunidade em que o réu poderia obter alguma reforma envolvendo análises fáticas ou aspectos referentes à quantidade da pena. A culpabilidade reconhecida na Constituição de 1988 é jurídica, e não fática, de modo que o trânsito em julgado é *conditio sine qua non* para que o acusado cumpra a pena decorrente de sentença condenatória.

Aliás, nesse tema, sequer é possível, como pretende o Ministro GILMAR MENDES, amparado pelo Direito italiano, dar um significado diverso a “trânsito em julgado”, para implementar uma espécie de “trânsito em julgado progressivo”. Ao contrário do ordenamento jurídico italiano que determina a execução imediata das decisões proferidas pela Corte de Cassação a partir do dia de seu julgamento, bem como admite a formação progressiva do trânsito em julgado⁶³³ caso, por exemplo, condenado em dois delitos, o réu somente recorre por um deles, a legislação processual penal brasileira não prevê esse tipo de hipótese. E tanto não dispõe que, para fundamentar essa tese, o Ministro foi buscar nos arts. 509, 1.^º⁶³⁴ e 523⁶³⁵ do Código de Processo Civil, a autorização para a defesa de seu entendimento.

⁶³¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 234-235.

⁶³² BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

⁶³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 152.752/SP. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶³⁴ Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: (...) § 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

⁶³⁵ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela controversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

Se não bastasse a ausência de previsão legal autorizando a implementação do trânsito em julgado progressivo ou gradualista⁶³⁶ em nosso Direito Processual Penal, não se pode perder de vista que a modalidade regulada pelo Código de Processo Civil, diz respeito “ao pagamento de quantia líquida” e de “quantia certa”, ou seja, a transações patrimoniais que, nem mesmo com um grande esforço interpretativo, pode conceber a sua aplicação como mecanismo capaz de limitar a liberdade individual. Demais disso, como afirmado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no Direito Processual Civil, a provisoriação, até mesmo por conta do interesse tutelado, permite o retorno ao *status quo ante*, caso sobrevenha modificação da decisão que o tenha ensejado, o que não ocorreria caso autorizado o cumprimento antecipado da pena⁶³⁷.

Além disso, ao contrário do que se sugere, o conceito de “trânsito em julgado” indicado pela Constituição Federal em pelo menos quatorze oportunidades⁶³⁸, parece designar

⁶³⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção...cit., p. 454.

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 152.752/SP. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 5 maio 2019. O Tribunal Constitucional português expressamente rejeita a visão “gradualista” da presunção de inocência. No Acórdão n.º 1166/1996, assentou que “o princípio constitucional da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória é um direito e uma garantia fundamental do mesmo, não se compadecendo com qualquer interpretação mais ou menos gradualista de tal presunção, de tal modo que essa presunção se iria relativizando conforme a fase processual que se fosse atingindo, esbatendo-se até desaparecer com a decisão condenatória do STJ, mesmo que esta decisão estivesse ainda sujeita a ser reformulada em consequência de recurso para o Tribunal Constitucional. Acresce que, a não se entender assim, então a prisão preventiva enquanto medida cautelar com as finalidades e as condições de aplicação referidas vê desvirtuados tais elementos, na medida em que passa a ser “expiação antecipada da pena” ou mesmo já cumprimento da pena, o que é inadmissível face ao regime constitucional da prisão preventiva, pois representa uma perversão da função processual e do caráter excepcional e subsidiário da prisão preventiva. Por outro lado, independentemente de qual seja, para efeitos de ordenação processual, a natureza do recurso de constitucionalidade, o certo é que interposto de decisão condenatória penal do STJ recurso para o Tribunal Constitucional, a decisão recorrida sempre pode vir a ser reformulada, podendo inclusivamente vir a ser necessário fazer a reapreciação global do caso (v.g., no caso de vir a ser julgada inconstitucional uma norma incriminatória)” (Processo n.º 249/1995, 1ª Seção, rel. Cons. Vítor Nunes de Almeida, j. em 20/11/1996).

⁶³⁸ Art. 5.º (...) XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença

exatamente o mesmo significado. Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, por trânsito em julgado deve ser entendida “a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável”, ocasião que “marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência de coisa julgada - formal ou material, conforme o caso”⁶³⁹.

De nossa parte, parece bastante perigosa a relativização do conceito de “trânsito em julgado” que, uma vez estabelecida, é aplicada de forma indistinta pela Constituição em diversos outros momentos. Legitimado o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, abertas estariam as portas para a admissibilidade de inúmeras outras formas de “execuções provisórias”. Assim, a Fazenda Pública poderia vir a ser executada, por quantia

judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (...) § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado. Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...) VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior. Art. 86 da ADCT. Serão pagos conforme disposto no art. 100 da Constituição Federal, não se lhes aplicando a regra de parcelamento estabelecida no caput do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições. Art. 109 da ADCT. No caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a órgão elencado nos incisos II a V do caput do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações: I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

⁶³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais* 416, São Paulo, RT, jun. 1970. p. 16. Para CRETTELLA JÚNIOR, José (*Comentários...cit.*, v. 1, p. 337), “‘trânsito em julgado’ é o momento final do *iter processual*, quando a autoridade da *res iudicata*, elemento indispensável de ordem pública, se impõe à sociedade”. Em mesmo sentido, LEAL, Antônio Luiz Câmara (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v. 4. p. 241) afirma que “transita em julgado a sentença: a) se forem esgotados todos os recursos que a lei faculta contra a mesma; b) se nenhum recurso é admissível contra ela; c) se decorreu o prazo legal para interposição de recurso, sem que o mesmo fosse interposto”. Na doutrina italiana: TUOZZI, Pasquale. *L'autorità della cosa giudicata: nel civile e nel penale*. Torino: Utet, 1900. p. 84-85.

certa, enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário? Cargos efetivos poderiam ser perdidos após manifestação em segunda instância? Como, enfim, justificar que uma mesma expressão implique em significados tão distintos? Não é possível, nos parece.

Por fim, é preciso reconhecer que a noção de culpabilidade progressiva, tal qual defendida pelo Supremo Tribunal Federal, evidencia, do ponto de vista histórico, um ranço técnico-positivista ao propugnar por uma “presunção de culpa” em detrimento da “presunção de inocência”, reprimirando o pensamento fascista que entendia a “certeza” de, ao final do julgamento de mérito, haver a condenação do indivíduo⁶⁴⁰.

Soa, portanto, inadmissíveis os argumentos que tentam restringir a presunção de inocência à apreciação da matéria fática pelas instâncias ordinárias, o que legitimaria o cumprimento antecipado da pena logo após a confirmação ou a imposição de condenação em segunda instância, bem assim a ideia de que seria possível reconhecer uma espécie de “trânsito em julgado progressivo” no ordenamento pátrio, circunstância que autorizaria a execução provisória da pena após o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.2.3 A ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais

Desde o julgamento do HC n.º 68.726/RJ, primeira decisão analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988, e decisões posteriores, um dos argumentos empregados para justificar a legitimidade da execução provisória da pena, foi a falta de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, por força do art. 637 do Código de Processo Penal e do art. 27, § 2.º, da Lei n.º 8.038/1990, este último revogado e substituído pelo atual art. 995 do Código de Processo Civil.

Como reforço a ausência de efeito suspensivo dos recursos, defendia-se, também, o fato de que, a partir da condenação ou da manutenção da sentença condenatória em segunda

⁶⁴⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção...cit.*, p. 455.

instância, a ordem e escrita e fundamentada da autoridade judiciária, constituiria, enfim, a mais e melhor fundamentada ordem de prisão, elemento que justificaria o cumprimento provisório da pena, com fundamento no art. 5.º, LXI, da Constituição⁶⁴¹, bem como traduzindo exigência de garantia da ordem pública.

Enquanto efeito recursal, o efeito suspensivo implica reconhecer que, em determinadas hipóteses, a interposição do recurso impede a produção imediata dos efeitos da decisão recorrida⁶⁴² até que sobrevenha o julgamento da impugnação⁶⁴³. É preciso observar, entretanto, que não é o recurso que suspende a eficácia da decisão proferida, mas a própria recorribilidade, ou seja, a possibilidade de interposição de determinado recurso⁶⁴⁴.

Em que pese a importância da existência do efeito suspensivo na seara cível, já que a sua ausência implica autorizar, desde que observadas as disposições legais, o cumprimento provisório da decisão recorrida, é certo que, diante dos interesses tutelados pelo Direito Processual Penal e a cláusula constante no art. 5.º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a sua acrítica importação para dentro do processo penal representa uma indevida aproximação com o processo civil.

Isso porque, enquanto o processo civil constitui-se, segundo FRANCESCO CARNELUTTI, em noventa por cento dos casos, de um mero processo de “possuidores”, no qual quando um dos dois não detém, um deles aspira “ter”, cuidando-se, assim, de interesses meramente patrimoniais, o processo penal apostava numa das mais caras garantias do ser humano, a liberdade, que, em falta, implica em defeito muito mais grave do que o de propriedade, já que

⁶⁴¹ Art. 5.º. (...) 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.

⁶⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos...*cit., p. 46.

⁶⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 170.

⁶⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 170.

cuida do “ser”, isto é, da própria pessoa. Exatamente por isso, o processo penal não pode desenvolver-se, sob pena de perda de legitimidade, sem o aperfeiçoamento de mecanismos que reduzam, ao mínimo, todo risco de erro e de sofrimento⁶⁴⁵.

A ausência de efeito suspensivo aplicada ao processo civil proporciona, por exemplo, que a parte vencedora execute provisoriamente a sentença que tenha reconhecido a exigibilidade de determinada obrigação, conquanto assegure, nos termos do art. 520, IV, do Código de Processo Civil, “caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”. Em caso de reforma da decisão, portanto, permite-se que o vencido retome o seu patrimônio sem qualquer perda ou prejuízo.

No processo penal, contudo, normalmente o bem tutelado tende a ser a liberdade do acusado⁶⁴⁶, de modo que a ausência de concessão de efeito suspensivo, ao revés do estabelecido pela própria Constituição de 1988, implica admitir-se o início provisório do cumprimento da pena, sem que, vindo a culpa a ser afastada, possa o indivíduo restaurar a liberdade ou o tempo perdidos no cárcere. Em outras palavras, trata-se de uma via de mão única, na qual o erro ou a condenação indevidamente aplicada, não permite, por sua condição, restaurar ao *status quo ante* daquele que tenha sido prejudicado.

É preciso reconhecer, portanto, que a simples aplicação do efeito suspensivo no processo penal, desconsidera as categorias jurídicas próprias do Direito Processual Penal⁶⁴⁷, já

⁶⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 53.

⁶⁴⁶ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência...*cit., p. 52.

⁶⁴⁷ Para CARNELUTTI, Francesco (La cienienta. In: _____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1961. p. 17), “a ciência do direito processual penal ultimamente percorreu um bom caminho; mas o progresso, em noventa por cento, consiste na adaptação de seus fenômenos aos conceitos construídos para o estudo do processo civil”. Segundo SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer (*Código...*cit., p. 924), apontam que, “diante de nossa interpretação, o art. 27, § 2.º, da Lei n. 8.038/90 somente tem aplicabilidade na esfera processual civil, na medida em que se revela incompatível com o comando emergente do princípio da presunção de inocência”. Para TUCCI, Rogério Lauria (Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: PIERANGELI, José Henrique. *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 3, p. 123), “a jurisdição penal exsurge no mundo do processo, autonomamente, despregada de todas as outras áreas do Direito Processual, dadas as suas características próprias e a determinação conceptual fincada em princípio, regras e institutos específicos do Direito Processual Penal, com peculiaridades que marcam com indelével exclusivismo”. Por fim, WEDY, Miguel Tedesco (*Eficiência...*cit., p. 52) registra que “confundir os interesses protegidos num processo civil com aqueles protegidos no processo penal é um equívoco crasso. O processo penal, por sua natureza, tutela interesses públicos, já o processo civil responde aos interesses privados, embora também se configure como

que não se trata de um simples problema de efeito recursal, mas da própria liberdade daquele que, submetido à persecução penal tem, a favor de si, uma série de direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição, dentre os quais, reconhecidamente, a presunção de inocência que, enquanto norma de tratamento, garante o que o cidadão seja visto como inocente até o decurso do “trânsito em julgado” da sentença penal condenatória⁶⁴⁸.

Em vista do bem jurídico tratado pelo processo penal, é certo que não só o art. 637 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela atual ordem constitucional⁶⁴⁹, ponto, aliás, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 84.078/MG, como também que o art. 995 do Código de Processo Civil, enquanto legitimador da execução provisória da pena, soa flagrantemente inconstitucional, já que em matéria criminal, por força do art. 5.º, LVII, da Constituição e da presunção de inocência, os recursos especial e extraordinário terão desde logo efeito suspensivo⁶⁵⁰.

Pensamento diverso, proporciona, tal qual procedido pelo Supremo Tribunal Federal, a criação da esdrúxula figura de um “culpado provisório”, no qual muito embora a Constituição de 1988 considere o acusado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o indivíduo recebe, desde logo, o tratamento de culpado, iniciando o cumprimento provisório da pena⁶⁵¹, ainda que exista a possibilidade de reforma por parte do Tribunal *ad quem*.

Se é bem verdade que não constitui elemento essencial da presunção de inocência que ela vigore temporalmente até a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal

uma garantia de ordem pública e estatal de resolução de conflitos”. Em mesmo sentido: WUNDERLICH, Alexandre. *Muito...cit.*, p. 511-512; VIDAL, Luís Fernando C. de Barros. Efeitos suspensivos dos recursos constitucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993, p. 180-181.

⁶⁴⁸ Não por outra razão, CARNELUTTI, Francesco (*La cenciente...cit.*, p. 17), criticava o fato de que “a ciência do direito processual penal ultimamente percorreu um bom caminho; mas o progresso, em noventa por cento, consiste na adaptação de seus fenômenos aos conceitos construídos para o estudo do processo civil”.

⁶⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos...cit.*, p. 235.

⁶⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...cit.*, p. 393.

⁶⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito...cit.*, p. 90.

condenatória, é ainda mais verdadeiro que a Constituição de 1988, buscando aperfeiçoá-la, optou por fixar um marco temporal ainda mais amplo do que a mera comprovação legal da culpa por uma sentença ou um acórdão, exigindo, ao revés, a ocorrência do “trânsito em julgado” como elemento essencial para a sua aplicação⁶⁵².

Demais disso, ainda que fosse possível admitir a acrítica aplicação do efeito suspensivo no Direito Processual Penal e o afastamento da presunção de inocência, a justificar, pois, a execução provisória da pena, haveria, ainda, um elemento intransponível: a violação ao princípio da legalidade ou da reserva legal ou da intervenção legalizada⁶⁵³, pelo qual exige-se expressa regulamentação da lei a interferência na esfera de direitos e liberdades individuais⁶⁵⁴.

Isso significa que não basta a lei prever a mera ausência de efeito suspensivo na interposição dos recursos especial e extraordinário, resultado, aliás, de uma importação impensada do Direito Processual Civil, mas, também, que o legislador expressamente dispusesse que a ausência do efeito suspensivo conduziria à prisão do acusado, regulamentando-se, pois, de forma clara e taxativa, todas as consequências advindas.

Sendo assim, ao simplesmente dizer que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” (art. 637 do Código de Processo Penal) ou que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso” (art. 995 do Código de Processo Civil), o legislador infraconstitucional ignorou

⁶⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual...*cit., p. 393-394. Para MORAES, Maurício Zanoide de (*Presunção...*cit., p. 445), a ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário desatende a presunção de inocência “na medida em que se desrespeita a cláusula restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu (‘até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’). Essa cláusula nasceu da intersecção entre a presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado”.

⁶⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 158; NEVES, Antonio Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: _____. *Digesta...*cit., p. 349; SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 71; QUEIROZ, Paulo. *Curso...*cit., p. 77; BUSATO, Paulo César. *Direito...*cit., p. 27; QUEIRO, Maria Elizabeth. *Princípio...*cit., p. 327; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 24.

⁶⁵⁴ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 71.

a imprescindível obrigação de regulamentar e, com todas as letras, prescrever que isso representaria a aplicação de uma prisão.

Mesmo porque, muito embora seja razoável dizer, no Direito Processual Civil, que a simples ausência de efeito suspensivo autoriza o cumprimento provisório da sentença, no Direito Processual Penal, em que todas as regras e, sobretudo, às medidas restritivas da liberdade são taxativas, dizer tão somente que os autos “baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” ou que “os recursos não impedem a eficácia da decisão”, não significa absolutamente nada.

Em outras palavras, o que se está dizendo é que para atender ao princípio da legalidade, o legislador precisaria dispor, com todas as letras e fora de qualquer dúvida razoável, que a interposição dos recursos excepcionais, em vista da ausência de efeito suspensivo, conduziria o indivíduo a prisão, e não, simplesmente, que o acórdão condenatório, pendente o julgamento dos recursos excepcionais, baixará para a origem para dar início à execução da sentença. No processo civil, essa fórmula funciona muito bem, no processo penal, diante da necessidade de assegurar a liberdade, não.

Cuida-se, aqui, tal qual já outrora já aduzimos, da necessidade de estrito cumprimento da tipicidade processual⁶⁵⁵ que, extraída do princípio da legalidade, impõe que qualquer medida restritiva de direitos fundamentais seja escrita, estrita e prévia⁶⁵⁶. Em consequência, não se admite restrições, tal como a prisão ou a fixação de qualquer medida restritiva da liberdade, extraída por analogia ou por interpretação extensiva⁶⁵⁷. A execução provisória da pena necessitaria, portanto, exsurgir de redação clara e inequívoca do legislador e não do simples fato de não se conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou

⁶⁵⁵ Sobre a tipicidade processual aplicada às prisões provisórias, cf., *supra*, item 2.5.

⁶⁵⁶ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad...*cit., p. 77-79; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 28.

⁶⁵⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Princípio...*cit., p. 333; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão...*cit., p. 28.

especial ou, então, de se baixarem os autos para a instância de origem, a fim de dar cumprimento à sentença condenatória.

E em matéria processual penal, ao dar nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal, dispondo que ninguém será preso senão em flagrante delito, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, em virtude de prisão temporária ou preventiva, o legislador ordinário expressamente regulamentou as modalidades de prisão admitidas no Direito Processual Penal brasileiro, não cabendo, sob pena de manifesta violação ao princípio da taxatividade, admitir-se a prisão de quem quer que seja senão nas estritas hipóteses dispostas na norma processual.

Em consequência, deslegitima-se não apenas o argumento que busca autorizar o cumprimento provisório da pena com fundamento no art. 637 do Código de Processo Penal e no art. 995 do Código de Processo Civil, como, ainda, a ideia defendida no Supremo Tribunal Federal, de que o pressuposto para a execução antecipada seria não o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente.

Isso se dá, porque conforme já aduzido, as modalidades de prisão no ordenamento pátrio, dependem de expressa tipificação processual, sendo a “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5.º, LXI, da Constituição), apenas mais uma das várias exigências atinentes a prisão. O pressuposto exigido, portanto, para a execução provisória da pena, seria que o legislador, em sendo possível superar a exigência do “trânsito em julgado” estabelecido no art. 5.º, LVII, da Constituição, expressamente estabelecesse essa modalidade de prisão, o que não, como se viu, não ocorre.

Admitir pensamento diverso, seria autorizar que qualquer prisão, absolutamente qualquer tipo de prisão, pudesse ser decretada pelo Poder Judiciário sem que houvesse a necessidade de expressa disposição na lei. Isto é, a valer esse raciocínio, o fundamento de legitimidade da prisão estaria não no princípio da legalidade e da tipicidade processual, mas,

na própria atividade jurisdicional, o que, parece nos, levaria ao risco de abusos, já que tampouco a lei e a Constituição seriam parâmetros aptos a controlar o poder do Estado, caindo-se em decisionismos⁶⁵⁸.

De igual modo, também não há como, diante do princípio da legalidade e da tipificação processual, acolher-se a tese de que, com a condenação ou manutenção da sentença condenatória em segunda instância ou diante de crimes graves, a execução provisória da pena estaria legitimada enquanto medida necessária a aguardar a ordem pública, sobretudo para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

E tal se explica porque, conforme já tratados anteriormente, a decretação da prisão preventiva depende do atendimento a todos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, de modo que, cuidando-se de prisão cautelar, vigora a noção de que a prisão será não apenas devidamente fundamentada ao caso concreto e à moldura da lei, mas, sobretudo, excepcional e provisória⁶⁵⁹. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se manifestou no sentido de que a existência de clamor pública e da credibilidade da Justiça não são suficientes para a decretação da prisão provisória, exigindo-se, em contrapartida, a observância dos requisitos de cautelaridade, sob pena de ilegalidade da prisão⁶⁶⁰.

Não há como, portanto, admitir-se a execução provisória da pena, sob o argumento de garantia da ordem pública, sem que haja o devido enquadramento da situação posta às

⁶⁵⁸ SILVA, Denival Francisco da. *De guardião...cit.*, p. 148. Segundo SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano (*Controle remoto e decisão judicial*: quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 169), “o juiz não cria o direito – não no sentido de inovar o ordenamento jurídico com a geração de normas que não tenham um texto normativo que lhes sirva de esteio”.

⁶⁵⁹ Essa também é a posição de ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila (*Desrazões...cit.*, p. 141) para quem, “seja quando afirmam que a ordem pública vem sendo insuficiente para assegurar a prisão antes do trânsito em julgado, seja quando defendem que a condenação em segunda instância já denota por si só um risco à ordem pública, evidencia-se que os ministros olvidam da marca distintiva que orienta a decretação da prisão preventiva: a cautelaridade. Fazem-no para defender a antecipação da pena, utilizando-se retoricamente do fundamento norteador da prisão cautelar que é a ordem pública”.

⁶⁶⁰ Nesse sentido: HC n.º 101.537/MS, 1^a t., rel. Min. Marco Aurélio, DJe 14/11/2011; HC n.º 101.055/GO, 2^a t., rel. Min. Cezar Peluso, DJe 17/12/2009; HC n.º 99.379/RS, 2^a t., rel. Min. Eros Grau, DJe 23/10/2009; RHC n.º 117.171/SP, 1^a t., rel. Min. Luiz Fux, DJe 24/09/2013.

condições fixadas pela lei, o mesmo podendo ser dito quanto aos delitos graves⁶⁶¹ e argumentos que buscam assegurar credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, os quais, por si só, não autorizam o cumprimento antecipado da pena por absoluta falta de previsão legal e violação ao princípio da legalidade.

3.2.4 A necessidade de tornar a jurisdição criminal mais funcional e equilibrada e a impunidade desencadeada pela interposição de recursos

Argumento defendido no Plenário do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do HC n.º 84.078/MG e reiterado nas decisões posteriores, a admissibilidade do cumprimento antecipado da pena contribuiria para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema penal, não apenas porque se reduziria a interposição de recursos inadmissíveis, como, também, por reestabelecer o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias.

Além disso, a possibilidade da execução provisória da pena auxiliaria na quebra do paradigma da impunidade, já que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado dos recursos excepcionais enfraquecendo a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal, bem como a própria confiança da sociedade no sistema de justiça criminal. Assim, a interpretação que deveria prevalecer seria aquela que buscasse privilegiar uma maior efetividade do sistema processual penal.

Essa argumentação, contudo, não se procede. Isso porque, sem entrar no mérito da constitucionalidade ou não de tais decisões, tanto o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3^a Seção, quanto o Supremo Tribunal Federal, através do Plenário, já estabeleceram

⁶⁶¹ Analisando a realidade espanhola, SANGUINÉ, Odón (Prisión...cit., p. 234) escreve que “a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol declara incompatível com o direito fundamental à liberdade pessoal uma interpretação que legitime o automatismo da prisão provisória após uma sentença condenatória por crime grave – embora tal fato possa constituir um dado suficiente que justifique a ocorrência de um risco de subtração à ação da justiça, que deve ser ponderado em cada caso –, pois isso ignoraria as rigorosas exigências da motivação que tanto a decretação como a manutenção desta medida devem respeitar para poder afirmar que são constitucionalmente legítimas”.

mecanismos tendentes a obstar o abuso no direito de recorrer, afastando, desse modo, qualquer risco de ocorrência de “impunidade”, seja lá o que essa palavra designa num país com mais de setecentos mil presos⁶⁶², ou mesmo de inefetividade do sistema penal.

No julgamento da questão de ordem no RE n.º 839.163/DF, a unanimidade de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em feito relatado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, entendeu que, havendo abuso no direito de recorrer e evidenciado o caráter meramente protelatório do recurso, com risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, os autos deverão ser imediatamente baixados à origem, independentemente da publicação da decisão, para que seja dado início ao imediato cumprimento da pena imposta.

De igual forma, ao analisar os embargos de declaração em embargos de divergência no agravo regimental no agravo regimental no RE n.º 465.383/ES, o Plenário da Suprema Corte, em autos também relatados pelo Ministro DIAS TOFFOLI, concluiu, à exceção do voto do Ministro MARCO AURÉLIO, que a utilização manifestamente protelatória dos recursos, implica em litigância de má-fé, circunstância que possibilita à imposição de multa sobre o valor da condenação, ainda que se trate de matéria penal.

A 3^a Seção do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao analisar os embargos de divergência no AREsp n.º 386.266/SP, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, firmou posicionamento no sentido de que ao rejeitar o processamento dos recursos excepcionais, tal decisão teria natureza declaratória, operando efeitos *ex tunc* e retroagindo o trânsito em julgado a data de escoamento do prazo para interposição do recurso admissível. Em outras palavras, isso significa que, nas hipóteses em que o agravo em recurso especial não for conhecido pelo Tribunal, ou se conhecido, for desprovido ou, ainda, caso conhecido o agravo, mas o recurso

⁶⁶² BRASIL. Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017. MOURA, Marco Vinícius (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em: 5 maio 2019.

seja manifestamente inadmissível, a coisa julgada retroagirá a data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível, tornando-se quase impossível, pois, a prescrição⁶⁶³.

Sendo assim, soa nos equivocado o argumento de que a interposição dos recursos excepcionais gera impunidade, leva à ineficiência do sistema penal ou desprestigia a jurisdição ordinária, quando os próprios Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, firmaram posicionamentos que não apenas dificultam o reconhecimento de eventual prescrição da pretensão punitiva, como, ainda, limitam a possibilidade de abuso no manejo recursal.

Para além disso, analisando-se os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que sequer existem dados seguros permitindo concluir que os Tribunais Superiores estejam tomados por recursos inadmissíveis. Nesse sentido, enquanto, por exemplo, o Ministro ROBERTO BARROSO, afirmou que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu seria inferior a 1,5% (um e meio por cento)⁶⁶⁴, o Ministro CELSO DE MELLO aduziu que, entre 2006 a 2008, 28,5% (vinte e oito e meio por cento) dos recursos extraordinários criminais teriam sido providos⁶⁶⁵.

Do mesmo modo, enquanto o Ministro TEORI ZAVASKI, baseando-se em dados de atuação da Defensoria Pública, aduziu que cerca de 1,54% (um vírgula cinquenta e quatro por cento) dos recursos extraordinários, agravos em recurso extraordinário e agravos de

⁶⁶³ Nesse sentido, em ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal: HC n.º 86.125/SP, 2^a t., rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02/09/2005; ARE n.º 732.931-AgR-ED/MG, 1^a t., rel. Min. Dias Toffoli, DJe 28/05/2014; ARE n.º 723.590-AgR/RS, 2^a t., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13/11/2013. O tema, inclusive, encontra-se submetido à análise sob o regime de repercussão geral. A propósito: CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PREScriÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. (ARE n.º 848.107-RG/DF, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20/02/2015)

⁶⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁶⁵ Idem, ibidem.

instrumentos teriam sido providos⁶⁶⁶, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI apresentou dados sustentando que, entre 2009 a 2016, o Superior Tribunal de Justiça proveu 17,97% (dezessete vírgula noventa e sete por cento) dos recursos especiais em matéria criminal, enquanto o Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, proveu 9,44% (nove vírgula quarenta e quatro por cento) dos recursos extraordinário criminais⁶⁶⁷.

Em um contexto no qual sequer os Ministros do Supremo Tribunal são capazes de chegar a um consenso quanto as estatística envolvendo o provimento dos recursos excepcionais, notadamente em favor do acusado, não há sequer como sustentar a legitimidade da execução provisória da pena, baseando-se no argumento de que a sua autorização seria capaz de reduzir a interposição de recursos inadmissíveis e contribuir para a efetividade do sistema penal.

Ademais, se é bem verdade que o sistema penal deve ser eficiente, é ainda mais verdadeiro que essa eficiência não pode ser obtida a qualquer custo, muito menos com a supressão de direitos e garantias individuais, notadamente o da presunção de inocência⁶⁶⁸. Se efetivamente ocorre retardamentos ou dilações processuais indevidas, a origem do problema pode estar não só na deficiente direção da autoridade judiciária, como, ainda, e mais possivelmente, na carência de recursos ou organização dos Tribunais, cuja tarefa, aliás, é de responsabilidade do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário⁶⁶⁹.

De outro lado, não há como admitir-se que garantias fundamentais, notadamente aquelas atinentes ao processo penal, como a presunção de inocência, sejam concretizadas a partir de um viés meramente economicista ou utilitarista. Fosse assim, melhor seria substituir a

⁶⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁶⁸ Sobre confronto entre o eficientismo e o garantismo no processo penal, cf., *supra*, item 1.4.

⁶⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito...cit.*, p. 68.

ordem jurídica e à exigência de respeito à normatividade, pela relação custo-benefício⁶⁷⁰, enterrando-se, de uma vez, por todas, a presunção de inocência e os demais preceitos constitucionais.

Como já defendemos, nos parece que o Poder Judiciário tem não só o dever de fazer valer a Constituição, implementando direitos e garantias constitucionais expressamente assegurados, como, ainda, o de decidir, mesmo que contra os interesses da maioria ou consensos temporários, em favor do efetivo cumprimento de tais disposições⁶⁷¹. Ao relativizar uma garantia constitucional a pretexto de o estar fazendo em nome da eficiência ou do combate à impunidade, o Supremo Tribunal Federal não apenas abre espaço para argumentos meramente discricionários, como, ainda, abdica do programa normativo constitucional⁶⁷². Por isso, aliás, mantém inteiramente válido o posicionamento externado pelo Ministro ROBERTO BARROSO que, ao proferir voto na Ação Penal n.º 470-26-AgR/DF, quando o Supremo Tribunal Federal discutia o cabimento, ou não, dos embargados infringentes, aduziu o seguinte⁶⁷³:

Ao concluir, gostaria de dizer, a bem da verdade, que a exemplo de toda a sociedade brasileira, estou exausto deste processo. Ele precisa chegar ao fim e as decisões precisam ser executadas em sua totalidade. Temos de virar esta página. Creio que à exceção dos 11 (onze) acusados que ainda podem interpor embargos infringentes, mais ninguém deseja o prolongamento desta ação. Mas eles têm direito previsto em ato normativo válido, tido como vigente por manifestação do Poder Legislativo e por algumas dezenas de julgados deste Supremo Tribunal Federal. É para isso que existe uma Constituição: para que o direito de onze pessoas não seja atropelado pelo interesse de milhões.

Parafraseando o voto acima mencionado e tratando especificamente da execução provisória da pena, diríamos, mudando algumas palavras, que é para isso que existe uma

⁶⁷⁰ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle...*cit., p. 169.

⁶⁷¹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial*: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 156.

⁶⁷² QUEIROZ, Roger Moreira de. O princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 e pelo STF: crítica a uma decisão descompromissada com a Constituição. *Revista dos Tribunais* 995, São Paulo, RT, set. 2018, p. 209.

⁶⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Vigésimo Sexto Agravo Regimental na Ação Penal n.º 470/MG*. Agravante: Delúbio Soares de Castro. Recorrido: Procurador-Geral da República. Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>. Acesso em: 5 maio 2019.

Constituição: para que o direito daquele submetido à persecução penal, não seja atropelado pelo interesse de milhões ou, como aparentemente ocorreu, do mero ato de vontade externado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal. Dificilmente, pois, sob premissas utilitaristas, seria possível assegurar a devida proteção aos direitos fundamentais, posto que, além de importar em dispendiosos custos ao Poder Público, a decisão judicial seria tomada num contexto de manifesta insegurança jurídica, em que o Direito é interpretado não a partir da norma, mas a partir das preocupações do julgador com a repercussão e os efeitos da decisão⁶⁷⁴.

É necessário romper a noção, consolidada no Brasil, de que a Constituição só vale quando nos interessa ou, então, de que quando há algo de errado no país, é ela a culpada⁶⁷⁵. Numa democracia, diz GEORGES ABOUD, “nem todas as suas aspirações e os valores que professa podem ser concretizados porque a Constituição nos impõe limites”⁶⁷⁶. Exatamente por isso é que, como já anotamos, não há efetividade no processo penal sem que as garantias fundamentais sejam estritamente obedecidas⁶⁷⁷. Não é papel do Poder Judiciário, impõe-se registrar, decidir preocupado em agradar ao clamor social ou em desatender determinadas parcelas da população⁶⁷⁸. A escolha política acerca da presunção de inocência e de seus limites já foi feita na Assembleia Nacional Constituinte e, dentre as várias opções, o legislador optou por escolher a redação de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁶⁷⁹.

De outro lado, não há como admitir-se que a vedação da execução provisória da pena conduziria a ocorrência de “impunidade” e o consequente enfraquecimento do sistema penal. Afora a utilização meramente retórica de argumentos *ad terrorem*, em nenhum dos votos

⁶⁷⁴ QUEIROZ, Roger Moreira de. *O princípio...*cit., p. 205; ABOUD, Georges. *Discricionariedade...*cit., p. 330-331.

⁶⁷⁵ ABOUD, Georges. *25 anos...*cit., p. 51.

⁶⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 51.

⁶⁷⁷ Acerca do confronto entre o eficientismo e o garantismo no processo penal, cf., *supra*, item 1.4.

⁶⁷⁸ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões...*cit., p. 146.

⁶⁷⁹ Sobre as discussões travadas em Assembleia Nacional Constituinte acerca da presunção de inocência, cf., *supra*, item 2.2.2.

proferidos é possível encontrar elementos empíricos que vinculem o cumprimento do art. 5.º, LVII, da Constituição, a um enfraquecimento do sistema penal, tal qual alardeado. A esse respeito, aliás, segundo o Ministro EROS GRAU⁶⁸⁰,

Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso --- diz o argumento --- porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele consegue evitar a execução. Situações como estas consubstanciam um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do REsp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora --- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

Por fim, mesmo que se admitisse o argumento de que a vedação a execução provisória da pena conduziria a ocorrência de um quadro de “impunidade”, além de se estar diante um dado de impossível comprovação, inexiste, hoje, demonstração empírica de que a “impunidade” exerceria um efeito “fertilizante” na própria pessoa ou terceiros, estimulando-as à prática de delitos⁶⁸¹. Essa posição é, aliás, compartilhada por PETER-ALEXIS ALBRECHT que,

⁶⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 84.078/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁸¹ GENELHÚ, Ricardo Tadeu Penitente. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 461. Em mesmo sentido, criticando a ideia de que um maior rigor repressivo seria necessário para acabar com práticas de corrupção e a impunidade de seus autores, KARAM, Maria Lúcia (A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Revan, n. 1, v. 1, 1.º sem. 1996, p. 82) sustenta que, ao assim defender, ignora-se “o fato de que nenhuma reação punitiva, por maior que seja sua intensidade – e ainda que fosse possível a superação dos condicionamentos de classes – pode pôr fim à impunidade ou à criminalidade de qualquer natureza”.

ao analisar o efeito especial-preventivo da sanção penal, já comprovou que ameaça do processo é incapaz de produzir efeitos no seio social⁶⁸².

3.2.5 O princípio da igualdade e a seletividade do sistema penal

Questão defendida no HC n.º 126.292/SP e reiterado na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF e no HC n.º 152.752/PR, aponta que a proibição da execução provisória da pena implicaria em violação ao princípio da igualdade e a seletividade do sistema penal, uma vez que somente os réus mais abastados, com condições de contratarem melhores advogados, se beneficiariam da possibilidade de recorrer em liberdade, iniciando o cumprimento da pena apenas com o decurso do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De nossa parte, o argumento não convence. O princípio da igualdade, extraído do art. 5.º, *caput*⁶⁸³, da Constituição, impõe que a lei não pode se convolar em fonte de privilégio ou perseguições, devendo ser instrumento de regulação da vida social, tratando, equitativamente, a todos⁶⁸⁴. Assim sendo, do mesmo modo que todos devem se submeter, igualmente, aos deveres estatuídos pela ordem jurídica, todos têm, de igual forma, direito à proteção dos direitos, que lhe cabem conforme à ordem jurídica⁶⁸⁵.

Ao reconhecer que a legitimidade da execução provisória da pena estaria ligada à seletividade do sistema penal e a violação ao princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal, acabou incorrendo no engano de associar a efetividade do sistema penal ao número de condenações⁶⁸⁶, como se o bom magistrado fosse aquele com perfil de condenador, implacável

⁶⁸² ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*...cit., p. 86.

⁶⁸³ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁶⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 10.

⁶⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos*...cit., p. 167.

⁶⁸⁶ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões*...cit., p. 120.

e severo⁶⁸⁷, exatamente como pregava a ideologia da defesa social⁶⁸⁸. Ademais, se isso não fosse o bastante, parece que alguns Ministros se esqueceram de que, num país socialmente desigual, como é o Brasil, a retirada de direitos e garantias individuais em desfavor de réus integrantes das classes dominantes e que melhor se utilizam dos mecanismos de defesa, longe de significar um golpe nessa parcela da população, acaba repercutindo, de maneira muito mais intensa, sobre as classes subalternas que, no dia-a-dia, constituem a clientela prioritária do sistema punitivo⁶⁸⁹.

Desse modo, ao invés de propor mecanismos que, efetivamente, diminua o fosso que separa as classes mais abastadas da população carcerária dominante, garantindo-se, enfim, condições de que esta última consiga exercer direitos constitucionalmente assegurados, uma vez que diante das limitações estruturais, a Defensoria Pública dificilmente dá conta de atender a demanda existente⁶⁹⁰, o Supremo Tribunal Federal preferiu, ao admitir a execução provisória da pena, não apenas limitar a garantia da ampla defesa e do contraditório, conforme assegura o art. 5.º, LV, da Constituição, como, ainda, em nome de um suposto tratamento isonômico da Justiça criminal, restringir outro direito fundamental, a presunção de inocência⁶⁹¹.

De outro lado, não é preciso muito para desenvolver um raciocínio que demonstre a falha do argumento sustentado no Plenário do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o

⁶⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Esquerda...*cit., p. 80.

⁶⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Política...*cit., p. 288. Segundo a autora, essa ideologia atribui “ao sistema penal a função real de luta contra a criminalidade por meio da pena e da prisão, mas medindo a eficiência do sistema pelas estatísticas da criminalidade e da impunidade” (Ib., p. 288).

⁶⁸⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Esquerda...*cit., p. 80-81.

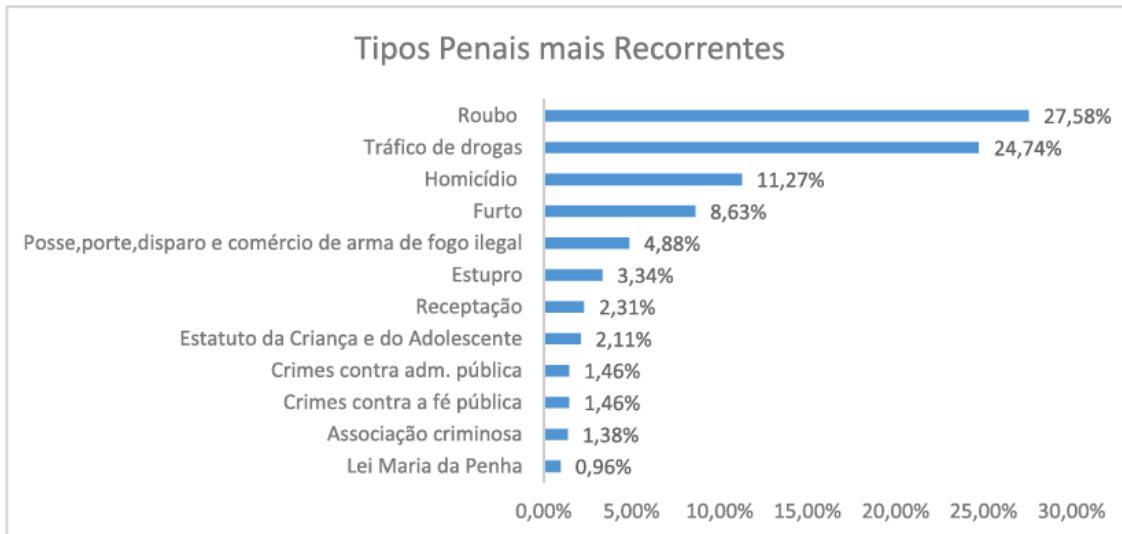
⁶⁹⁰ Veja-se, por exemplo, que em alguns estados brasileiros, como Santa Catarina, a Defensoria Pública somente foi instalada após o Supremo Tribunal Federal, em 2012, declarar que a ausência de implantação do órgão configurava ataque à dignidade do ser humano, bem como violação aos art. 5.º, LXXIV e 134 da Constituição, determinando, em consequência, “pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)” (ADI n.º 4.270/SC, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25/09/2012). Sobre o tema, aliás, encontra-se pendente de julgamento do Supremo Tribunal Federal, submetido ao regime de repercussão geral, “a controvérsia alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário impor o preenchimento de cargo de Defensor Público em localidade desamparada, considerados os preceitos dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Carta de 1988” (RE n.º 887.671-RG/CE, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20/11/2015).

⁶⁹¹ ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Desrazões...*cit., p. 120.

último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN), de 2017, e os dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, é possível verificar que o sistema carcerário nacional é constituído por um grupo específico de pessoas⁶⁹² que, em geral, faz parte de grupos socialmente mais vulneráveis da população⁶⁹³.

Veja-se, por exemplo, conforme informações do BNMP, que os crimes contra o patrimônio, representam 38,52% (trinta e oito vírgula cinquenta e dois por cento) das prisões no Brasil, seguidas do tráfico de drogas, com 24,74% (vinte e quatro vírgula setenta e quatro por cento) e do homicídio, com 11,27% (onze vírgula vinte e sete por cento). Isso significa que apenas cinco delitos, roubo, furto, receptação, tráfico de drogas e homicídio, dos mais de 1.688 (mil e seiscentos e oitenta e oito) tipos penais existentes no país⁶⁹⁴, importam em 74,53% (setenta e quatro vírgula cinquenta e três por cento) de todas as pessoas privadas de liberdade.

Gráfico 1. Tipos penais mais recorrentes



Fonte: Banco Nacional de Monitoramento de Prisões/2018

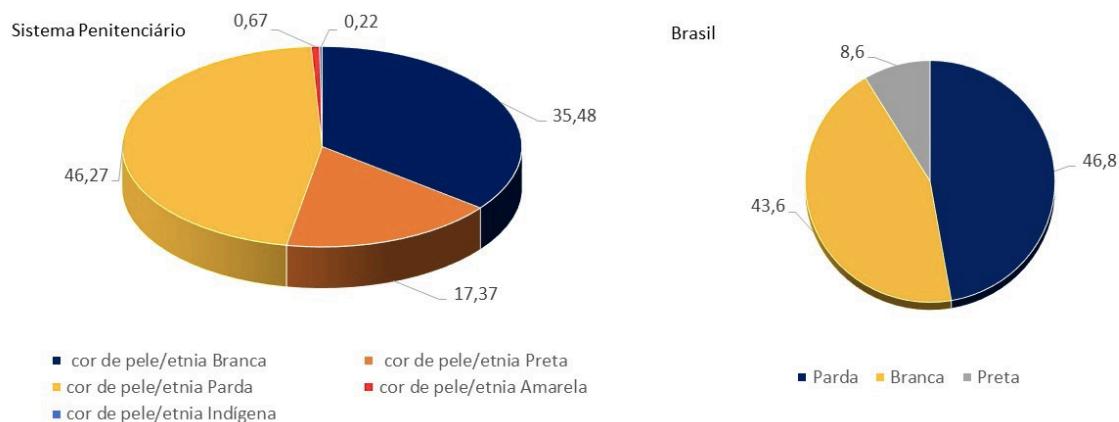
⁶⁹² GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 6.

⁶⁹³ QUEIROZ, Paulo. *Curso...cit.*, p. 104-105

⁶⁹⁴ GENELHÚ, Ricardo Tadeu Penitente. *Do discurso...cit.*, p. 29.

De outro lado, conforme informações do INFOPEN/2017, das 726.354 (setecentas e vinte e seis mil e trezentos e cinquenta e quatro) pessoas privadas de liberdade no Brasil, 46,2% (quarenta e seis vírgula dois por cento) das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% (trinta e cinco vírgula quatro por cento) da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% (dezessete vírgula três por cento) de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% (sessenta e três vírgula seis por cento) da população carcerária nacional, confirmado a assertiva de ROGÉRIO GRECO, no sentido de que a clientela do sistema pena tem cor, cheiro, aparência e classe social⁶⁹⁵.

Gráfico 2. Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total

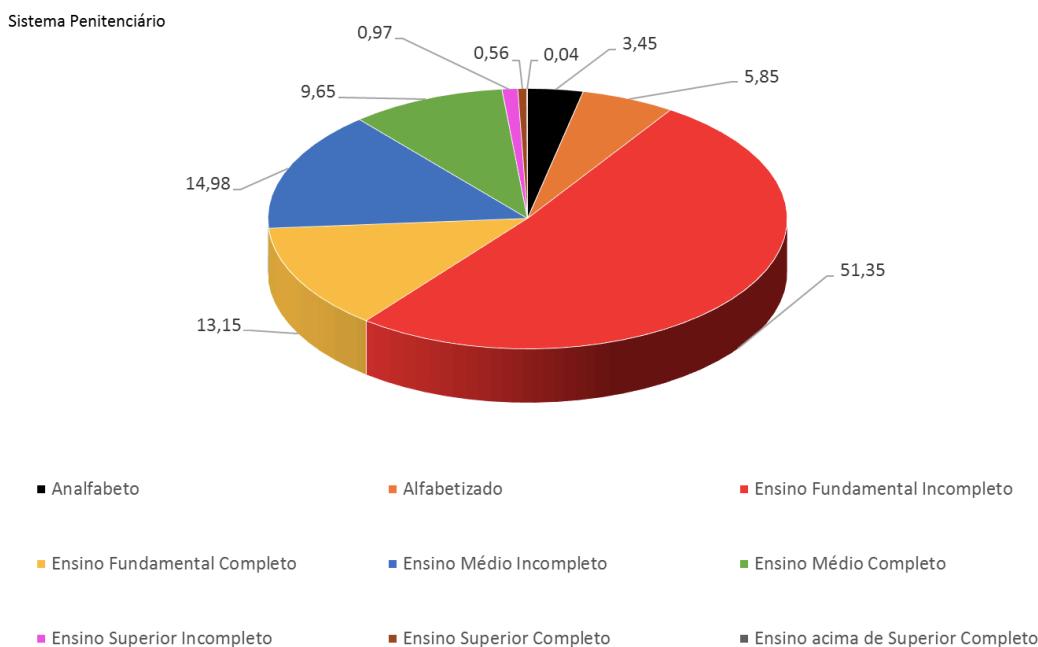


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN/2017.

Por sua vez, no que toca ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, segundo dados do INFOPEN/2017, 51,35% (cinquenta e um vírgula trinta e cinco por cento) delas possui o ensino fundamental incompleto, seguido de 14,98% (quatorze vírgula noventa e oito por cento) com o ensino médio incompleto e 13,15% (treze vírgula quinze por cento) com o ensino fundamental completo, distanciando do número de 0,56% (zero vírgula cinquenta e seis por cento), de presos com ensino superior completo.

⁶⁹⁵ GRECO, Rogério. *Direito...cit.*, p. 6.

Gráfico 3. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN/2017.

Tais informações, longe de representar um estudo aprofundado da questão carcerária no Brasil, proposta, aliás, que foge aos intuitos da presente pesquisa, mostra que a prisão espelha a desigualdade já existente na sociedade⁶⁹⁶, de sorte que, com a admissão da execução provisória da pena, os principais atingidos por essa medida serão justamente aqueles que respondem por crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas e homicídio, predominantemente composto por pessoas de cor preta/parda e de baixíssima escolaridade, um perfil deveras diferente do excogitado pelos Ministros da Suprema Corte.

Ao assim proceder, pois, o Supremo Tribunal Federal ignorou completamente o fato de que sistema prisional brasileiro é composto, majoritariamente, por pessoas de classes sociais menos abastadas e que, invariavelmente e de forma ainda mais profunda, continuarão sendo os principais “clientes” do sistema penal, passando eles a ter as suas penas provisoriamente executadas sem que lhes seja dado, sequer, a chance de obter o

⁶⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. In: *Pelas...*cit., p. 307.

pronunciamento de um Tribunal Superior. São essas, é preciso dizer, os principais atingidos pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por último, é preciso dizer que a clientela do sistema penal é composta majoritariamente por pobres. E não porque tenham maior propensão a delinquência, mas porque são maiores as chances de serem criminalizados e etiquetados enquanto delinquentes⁶⁹⁷. Os crimes de colarinho branco, por outro lado, justificativa de alguns Ministros para legitimar a execução provisória da pena são, naturalmente, não só mais complexos, mas, também mais escassos quanto à persecução penal, quando comparados com outros delitos⁶⁹⁸.

Segundo RYANNA PALA VERAS, baseada na obra de EDWIN SUTHERLAND, é possível encontrar três justificativas a explicar a menor reação penais aos crimes de colarinho branco: o *status* dos responsáveis pelo delito, a tendência de reprimir esses crimes através de outros ramos do Direito e, finalmente, a dificuldade de individualização das vítimas desse tipo de delito. Quanto ao primeiro item, ele se dá porque os atores da Justiça penal, por vezes encontram dificuldade em confrontar indivíduos que estão situados no piso superior social, além de que, por não obedecerem ao estereótipo dos criminosos, acabam sendo vistos como pessoas respeitáveis, que não precisariam ser encarceradas ou severamente punidas. O segundo ponto é explicado pelo fato de que, quanto a esses ilícitos, aplica-se com mais vigor o princípio do direito penal enquanto *ultima ratio*. O último fator é justificado por três razões, a primeira porque cuida-se de delitos complexos que, em muitas vezes, só podem ser constatados por

⁶⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 54. Em mesmo sentido, BARATTA, Alessandro (*Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 198), aponta que “as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização. As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas”. Por sua vez, para ZAFFARONI, Eugenio Raúl (*Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 15), “a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”.

⁶⁹⁸ VERAS, Ryanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 45.

especialistas, a segunda, porque, diferentemente da criminalidade comum, há pouco destaque por parte da mídia e, por fim, porque as normas que tratam desses delitos ainda são recentes, se comparados com os delitos comuns, como roubo e furto, inexistindo uma tradição de punir tais condutas⁶⁹⁹.

Longe, portanto, de efetivar o princípio da igualdade, ao legitimar a execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal apenas aprofundou os graves problemas do sistema penal brasileiro, sem se preocupar, em nenhum momento, em analisar as especificidades dos crimes que têm, como sujeito ativo, pessoas mais abastadas, justificativa esta empregada para que condenados em segunda instância iniciassem o cumprimento de suas penas. E o que é ainda pior, ao tratar do tema de forma superficial, a Suprema Corte contribuiu não apenas para que a busca por soluções mais eficazes fosse ignorada⁷⁰⁰, como também ampliou o abismo que separa pessoas privilegiadas socialmente, daqueles que estão nos cárceres, os quais, como se viu, serão os primeiros a iniciar o cumprimento antecipado da pena.

3.2.6 O Direito comparado e a autorização de execução provisória da pena

Argumento utilizado para reconhecer a execução antecipada da pena desde a análise do HC n.º 84.078/MG e, posteriormente, reiterado no julgamento do HC n.º 126.292/SP, na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, no ARE n.º 964.246-RG/SP e, finalmente, no HC n.º 152.752/PR, assenta que em nenhum país do mundo, assegurado o duplo grau de jurisdição, a execução da pena permaneceria suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte.

Defendeu-se, outrossim, que essa prática seria amplamente utilizada em países de tradição liberal, tais como nos Estados Unidos da América, na França, no Canadá, na Alemanha, em Portugal, na Espanha e na Argentina, os quais admitiriam o imediato cumprimento da pena,

⁶⁹⁹ VERAS, Ryanna Pala. *Os crimes...*cit., p. 45-48.

⁷⁰⁰ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda...*cit., p. 82.

já que a interposição de recurso de revisão não seria suficiente para obstar a execução provisória da pena.

Tal como já defendido, em que pese a força do argumento e as contribuições advindas com o estudo do Direito comparado, não há como legitimar a execução provisória da pena no Brasil, amparando-se na forma como os demais países lidam com a questão. Não só porque trata-se de ordenamentos completamente diversos, há, ainda, o fato de que em cada nação, o Poder Judiciário e a estrutura recursal é tratada de forma muito específica. Entretanto, ainda que assim não fosse, ao analisar os argumentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal, é possível verificar a existência de informações equivocadas quanto a alguns dos países indicados que, ao contrário do que pretendeu apontar, não permitem a execução provisória da pena de forma irrestrita como pretendeu-se implantar no Brasil.

Antes de fazer essa análise, entretanto, é preciso registrar que, ao contrário do que o senso comum talvez indique, a Constituição de 1988 não foi a primeira, tampouco a última, a exigir o trânsito em julgado ou a ocorrência da coisa julgada, para que o acusado pudesse ser considerado culpado pela prática de um delito. É possível encontrar semelhante redação em diversos outras jurisdições, tais como na Constituição da República Italiana (1947)⁷⁰¹, na Constituição da República Portuguesa (1976)⁷⁰², na Constituição da República da Bulgária (1991)⁷⁰³, na Constituição da República de Cabo Verde (1992)⁷⁰⁴, na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (1993)⁷⁰⁵, na Constituição da República de Guiné-Bissau

⁷⁰¹ Art. 27. (...) 2. O acusado não é considerado culpado até a *condenação definitiva*.

⁷⁰² Art. 32. (...) 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.

⁷⁰³ Art. 31. (...) 3 O acusado deverá ser considerado inocente até prova em contrário em um *veredito final*.

⁷⁰⁴ Art. 34. 1. Todo o arguido presume-se inocente até ao *trânsito em julgado* de sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

⁷⁰⁵ Art. 29. Quando um residente de Macau for acusado da prática de crime, tem o direito de ser julgado no mais curto prazo possível pelo tribunal judicial, devendo presumir-se inocente até ao *trânsito em julgado* da sentença de condenação pelo tribunal.

(1996)⁷⁰⁶, na Constituição da Polônia (1997)⁷⁰⁷, na Constituição da República da Albânia (1998)⁷⁰⁸, na Constituição da República Democrática do Timor-Leste (2002)⁷⁰⁹, na Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (2003)⁷¹⁰, na Constituição da Romênia (2003)⁷¹¹, na Constituição da República de Moçambique (2004)⁷¹², na Constituição da República de Angola (2010)⁷¹³, na Constituição da República Dominicana (2015)⁷¹⁴.

De outro lado, ao contrário do sustentado em Plenário, pelo qual deu-se a entender que Portugal autorizaria a execução provisória da pena, analisando precedente do Tribunal Constitucional português, é possível localizar entendimento no sentido de que há violação à presunção de inocência, a interpretação de determinada disposição do Código de Processo Penal português, pelo qual a decisão condenatória do Supremo Tribunal de Justiça, “ao conhecer do mérito do recurso interposto de acórdão do tribunal colectivo ou de júri, transita em julgado, ainda que sujeita a condição resolutiva por dela ter sido interposto recurso de constitucionalidade”⁷¹⁵. Ao criticar esse ponto, o Tribunal Constitucional entendeu que,

Independentemente de qual seja, para efeitos de ordenação processual, a natureza do recurso de constitucionalidade, o certo é que interposto de decisão condenatória penal do STJ recurso para o Tribunal Constitucional, a decisão recorrida sempre pode vir a ser reformulada, podendo inclusivamente vir a ser necessário fazer a reapreciação global do caso (v.g., no caso de vir a ser julgada inconstitucional uma norma incriminatória).

A prisão preventiva é uma restrição justificada pela gravidade dos factos praticados e pelo interesse da comunidade na sua perseguição. Assim, considerar o arguido em ‘situação análoga à de cumprimento de pena’ após decisão condenatória do STJ em que tenha havido recurso de

⁷⁰⁶ Art. 42. (...) 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.

⁷⁰⁷ Art. 42. (...) 3. Todos devem ser considerados inocentes de uma acusação até que a sua culpa seja determinada pelo *julgamento final* de um tribunal.

⁷⁰⁸ Art. 30. Todos são considerados inocentes até que a sua culpa seja comprovada por decisão judicial final.

⁷⁰⁹ Art. 34. 1. Todo o arguido se presume inocente até à *condenação judicial definitiva*.

⁷¹⁰ Art. 40. (...) 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.

⁷¹¹ Art. 23. (...) 11. Qualquer pessoa será presumida inocente até que seja considerada culpada pela *decisão final de um tribunal*.

⁷¹² Art. 52. (...) 2. Os arguidos gozam da presunção de inocência até *decisão judicial definitiva*.

⁷¹³ Art. 67. (...) 2. Presume-se inocente todo o cidadão até ao *trânsito em julgado* da sentença de condenação.

⁷¹⁴ Art. 69. (...) 3. O direito de ser presumido inocente e de ser tratado como tal, enquanto sua culpa não tiver sido declarada por um *julgamento irrevogável*.

⁷¹⁵ Acórdão 1.166/96, 1^a Secção, rel. Cons. Vítor Nunes de Almeida, j. em 20/11/1996.

constitucionalidade, é, afinal, assimilar institutos que têm natureza jurídica diversa, diferentes objectivos e diversa função, é fazer uma aplicação ou utilização inadequada, desnecessária e gravosamente restritiva do princípio da presunção de inocência, o que torna tal interpretação normativa dos artigos questionados violadora de tal princípio constitucional.

No que toca, por sua vez, a Alemanha, é preciso ter em mente que, diferentemente do Brasil, a Constituição alemã de 1949, não dispõe expressamente acerca da presunção de inocência, de modo que o Tribunal Federal Constitucional considera essa garantia como uma extensão do princípio do Estado de Direito⁷¹⁶. Em regra, exige-se, para o início do cumprimento da pena, a ocorrência de decisão transitada em julgado do Tribunal Federal de Justiça (BGH), que equivaleria ao Superior Tribunal de Justiça, no Brasil⁷¹⁷.

Entretanto, ainda que tais ordenamentos não guardassem alguma correspondência com a realidade brasileira, é certo que, a Constituição de 1988 é absolutamente clara em seu art. 5.º, LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto é, pouca ou nenhuma diferença faz a realidade internacional, diante da escolha política feita na Assembleia Nacional Constituinte que, expressamente, optou por uma redação que exigisse não a mera culpa do indivíduo, mas, sobretudo, a ocorrência do próprio trânsito em julgado. Dito de outra forma, tal como o Ministro CELSO DE MELLO já se pronunciou, é inadequado invocar a prática em outros países que, sabidamente, não impõem a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como condição para o início do cumprimento da pena⁷¹⁸.

Em conclusão, ainda que várias democracias admitam a execução provisória da pena, sem que tal implique em violação à presunção de inocência, não há como ignorar a redação literal trazida pela Constituição de 1988 que, nesse ponto, não só é absolutamente clara

⁷¹⁶ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção...*cit., p. 117-118.

⁷¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 119.

⁷¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

como, mais do que isso, impôs uma escolha legitimamente feita em Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido, na oportunidade, afastadas todas as ideias que buscavam limitar à presunção de inocência a simples declaração de culpa, tal qual entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do HC n.º 126.292/SP.

3.2.7 Execução provisória da pena e a violação da dignidade da pessoa humana

Argumento largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando, por maioria de votos, reconheceu a inconstitucionalidade da execução provisória da pena no HC n.º 84.078/MG, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III⁷¹⁹, da Constituição) serviu de parâmetro não só enquanto premissa fundamental a limitar a atividade repressiva do Estado, mas, também, como noção de que, mesmo submetido à persecução penal, o indivíduo não perderia a sua dignidade por estar na condição de acusado, de modo que imporia a adoção desse princípio pelo Estado, a fim de resguardar a dignidade do acusado durante todo o curso persecutório.

A esse raciocínio, aliás, defendeu-se que, em sua acepção originária, o princípio da dignidade da pessoa proibiria a utilização ou a transformação do ser humano em objeto do processo e ações estatais, de tal modo que o Estado estaria obrigado não só a respeitar àquele acusado da prática de um delito, mas, sobretudo, de protegê-lo da exposição a ofensas ou humilhações decorrentes da atividade persecutória.

Mais recentemente e a unanimidade de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Medida Cautelar na ADPF n.º 347/DF, reconheceu, diante das falhas estruturais e da falência de políticas públicas, bem como da violação sistemática de direitos fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, o “estado de coisas

⁷¹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

inconstitucionais” do sistema prisional brasileiro, denominando-o, inclusive, de “masmorras medievais”⁷²⁰, diante das precárias condições a que os detentos estariam submetidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento constitucional de limites ao poder de intervenção do Estado na vida do cidadão, ligando-se diretamente ao Estado Democrático de Direito e, em sua dimensão, implica em liberdade, igualdade e justiça, constituindo o fundamento sócio-político de qualquer Estado que se pretenda democrático⁷²¹. Ligando a dignidade humana à vedação da execução provisória da pena, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO⁷²² escrevem que,

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade qualquer cumprimento da pena que não esteja devidamente fundado em sentença penal condenatória transitada em julgado. (...).

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

Sobre o tema, chama-nos a atenção a incoerência entre o Supremo Tribunal Federal reconhecer, em inúmeros votos, a violação a dignidade da pessoa humana quanto à admissibilidade da execução provisória da pena, bem como reconhecer, fundado nesse mesmo princípio, o estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário nacional, denominando-

⁷²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁷²¹ SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. Refugiados são pessoas, dignas e com direitos. In: PINTO, Eduardo-Vera Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho; BARROSO, Luís Roberto; ____; CICCO, Maria Cristina de. (Coords.). *Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a Antonio Guterres*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 956-957.

⁷²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...cit.*, p. 590. Esse posicionamento, entretanto, acabou alterado em edições subsequentes do Curso de Direito Constitucional. Atualmente, esses autores defendem que “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”. (*Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 567).

os de “masmorras medievais” e, mais à frente, simplesmente readmitir o cumprimento provisório da pena, ignorando não apenas a disposição literal do art. 5.º, LVII, da Constituição, mas, sobretudo, a própria construção jurisprudencial formada sobre tema.

O mesmo Tribunal que, afinal, vedou a execução antecipada da pena por violar a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, que entendeu inconstitucional a redução do vencimento de servidores públicos processados criminalmente, por afronta a presunção de inocência⁷²³, que decidiu ser inexigível a pena de multa até que sobreviesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em vista da presunção de inocência⁷²⁴ e que, enfim, vetou o lançamento do nome do réu no rol dos culpados enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória⁷²⁵, é o Tribunal que, anos depois, ignorando seus próprios entendimentos, optou por rever um tema do qual, ele próprio, entendeu inconstitucional.

A menção ao princípio da dignidade da pessoa humana não é despropositada. Como admitir-se o argumento, de que “parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana”⁷²⁶, bem assim de que “o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal

⁷²³ “A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irreversibilidade de vencimentos”. (RE n.º 482.006/MG, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14/12/2007)

⁷²⁴ Execução penal: pena de multa: exequibilidade sujeita ao trânsito em julgado da condenação. 1. O trânsito em julgado da decisão condenatória constitui o termo inicial do prazo para a satisfação da pena de multa (CPen., art. 50), cuja exaustão, de sua vez, é pressuposto da execução compulsória (LEP, art. 164). 2. Para esse efeito, não é dado reputar transitada em julgado a decisão que, embora proferida em instância única pelo Supremo Tribunal, esta sujeita a embargos de declaração, pois do seu julgamento pode eventualmente decorrer a alteração do julgado. 3. Do paradoxo de que se venha admitindo, malgrado o art. 5., LVII, da Constituição, a execução provisória da pena privativa de liberdade - por definição, irreparável -, a qual não se admite na da pena pecuniária - de fácil restituição -, o que se extrai é um argumento a mais contra a jurisprudência firmada quanto a primeira, não, a possibilidade de abstrair-se, quanto a execução da multa, da exigência legal inequívoca da coisa julgada. (Pet n.º 1.079-AgR/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/04/1996)

⁷²⁵ “O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios” (HC n.º 69.696/SP, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/10/1993)

⁷²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 84.078/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 5 maio 2019.

antecipada”?⁷²⁷ e, tempos depois, simplesmente autorizá-lo, sob o fundamento de que “não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso”?⁷²⁸ Perceba-se, portanto, como o Supremo Tribunal Federal, no que toca à análise da presunção de inocência e da execução antecipada da pena, ignora não só os seus próprios precedentes, mas, também os argumentos que os próprios Ministros já haviam sustentado a respeito da matéria, incluindo a própria dignidade da pessoa humana.

O mesmo pode-se dizer do estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Segundo alguns Ministros, “o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais”⁷²⁹, ademais, ao deferir a Medida Cautelar na ADPF n.º 347/DF, “não se cogitou de impedir novas prisões, mas apenas se apontou a necessidade de implementar medidas capazes de sanar a violação massiva e persistente de direitos fundamentais dos detentos”⁷³⁰. Ora, se o próprio Tribunal, a unanimidade, reconheceu a inadmissível situação carcerária brasileira, como poderia ter feito vista grossa a esse fato e simplesmente reintroduzido a execução provisória da pena no ordenamento pátrio? Suas decisões, afinal, não conduzem a uma análise daquilo que o próprio Tribunal já decidiu? A resposta parece ser negativa a todas essas perguntas.

⁷²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 84.078/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 5 maio 2019..

⁷²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁷²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁷³⁰ Idem, ibidem.

Sob nossa ótica, parece que, uma vez reconhecida a violação da dignidade da pessoa humana em determinada conduta estatal, o retorno a situação anterior, conduz, necessariamente, ao entendimento de que a prática seguirá violando a dignidade humana. Dito de outra forma, se as circunstâncias fáticas continuam sendo as mesmas, uma vez reconhecida a violação a dignidade da pessoa humana, é consequência lógica dessa orientação, que retornando-se à situação declarada inconstitucional, em situação inconstitucional se estará. Sobre isso, inexiste, a nosso ver, saída: ou a prática viola, ou não, a dignidade da pessoa humana. Não há meio termo. Não se pode admitir, sob pena de comprometimento do próprio ordenamento jurídico⁷³¹, que o Supremo Tribunal Federal diga, ontem, que a execução provisória da pena implica atentado à dignidade da pessoa humana e, hoje, diante de situação fática idêntica, simplesmente retorne com argumentação já rejeitada, admitindo a sua figura, mas ignorando a sua própria construção jurisprudencial acerca do tema.

É pressuposto da jurisdição constitucional, enfim, que haja um mínimo de coerência entre as decisões firmadas, garantindo-se, não apenas segurança jurídica aos jurisdicionados mediante a estabilização da sua jurisprudência⁷³², mas, sobretudo, que as distinções e determinações firmadas não se deem mediante o uso estratégico da Constituição ou o interesses de quem a interpreta⁷³³, mas através de razões públicas e justificadas⁷³⁴, o que não ocorreu quando, reintroduzindo a execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal simplesmente rompeu o texto constitucional, impondo, não a vontade da Constituição, mas a de seus membros.

⁷³¹ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante Franzé; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. A busca da segurança jurídica no incidente de resolução de demanda repetitiva por intermédio dos mecanismos dos precedentes no Brasil. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; ALVES, Fernando de Brito; POZZOLI, Lafayette (Orgs.). *Direitos fundamentais: construção do saber jurídico no exercício da cidadania*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018. p. 17.

⁷³² Idem, *ibidem*, p. 20; PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva. Fundamentação...cit., p. 603.

⁷³³ QUEIROZ, Roger Moreira de. *O princípio...cit.*, p. 210.

⁷³⁴ ABOUD, Georges. *Processo...cit.*, p. 289.

3.3 Em torno de soluções: é possível rever a execução provisória da pena sem atentar contra a Constituição de 88?

Nos tópicos antecedentes, foi possível mostrar os equívocos e as falhas na argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente a partir do HC n.º 126.292/SP que, legitimando a execução provisória da pena, ignorou disposição constante no art. 5.º, LVII, da Constituição, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que atrelava a prisão pena, enquanto reconhecimento da culpabilidade, a ocorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ainda que, em nosso sentir, o cumprimento antecipado da pena não seja o melhor caminho, é possível introduzir a execução provisória da pena no ordenamento pátrio sem que, para tanto, seja necessário desrespeitar previsão literal da Constituição, como fez o Supremo Tribunal Federal que, ao analisar o HC n.º 126.292/SP, a Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, o ARE n.º 964.246-RG/SP e, finalmente, o HC n.º 152.752/PR, simplesmente diminuiu o âmbito de proteção da presunção de inocência, em especial o seu conteúdo enquanto norma de tratamento.

Basta ver que, em decorrência da orientação firmada pela Suprema Corte e a ausência de previsão legal acerca da execução provisória da pena, uma vez que com a modificação do art. 283 do Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, limitou-se o cabimento da prisão às hipóteses de prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, uma série de problemas, de ordem prática, acabaram desencadeados.

Assim, por exemplo, passou-se a discutir, tal qual já mencionamos ao falar sobre a sua natureza jurídica, se o cumprimento provisório da pena seria medida permitida ou

obrigatória após o julgamento realizado em segundo grau de jurisdição⁷³⁵, se seria necessária fundamentação expressa acerca da necessidade da prisão ou se bastaria o mero acórdão condenatório⁷³⁶, bem assim se a execução provisória da pena atingiria apenas condenados à pena privativa de liberdade, ou se abrangeria todos os casos, indistintamente,⁷³⁷ todas elas, diga-se, reflexo de decisões que, à margem da lei e da Constituição, criou uma modalidade de prisão *sui generis*, desprovida de legitimidade⁷³⁸.

Diante de toda essa complexidade e, evidentemente, sem a intenção de esgotar o tema que, por óbvio, admite uma série de medidas e soluções, entendemos que, no tocante ao cabimento da execução provisória da pena, uma saída poderia ser tomada para, legitimamente, admiti-la no ordenamento pátrio. Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição n.º 15/2011, conhecida como “PEC dos Recursos”, de autoria do Senador RICARDO FERRAÇO (PMDB/ES), propugnando que os recursos especial e extraordinário passariam a ser julgados, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, como ações rescisórias.

De acordo com a proposta defendida, o acesso aos Tribunais Superiores se daria, no tocante aos atuais recursos extraordinário e especial, apenas em grau rescisório, impondo-se, em consequência, o trânsito em julgado tão logo esgotada a jurisdição de segunda instância. Tal hipótese, assim, resguardaria não apenas o integral respeito ao art. 5.º, LVII, da Constituição, uma vez que o trânsito em julgado ocorreria já em segunda instância, uma vez que à jurisdição recursal seria promovida até aquela instância, como, ainda, seria evitada a

⁷³⁵ Essa matéria está sendo discutida na ADC n.º 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, cujo julgamento iniciou-se no dia 17 de outubro de 2019 e, até o encerramento da presente pesquisa, não havia sido concluído. Em decisão individual, no sentido de não ser a execução provisória de caráter obrigatório: HC n.º 148.569/RR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 17/10/2017.

⁷³⁶ Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal: HC n.º 148.569/RR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18/10/2017; HC n.º 147.452/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJe 03/10/2017.

⁷³⁷ No Supremo Tribunal Federal, no sentido de seu descabimento: HC n.º 161.140/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11/06/2019. Em sentido contrário, admitindo a execução provisória da pena a pena restritiva de direitos: RE n.º 1.161.548/SC, rel. Min. Edson Fachin, DJe 18/02/2019. Por sua vez, no julgamento do RE n.º 1.174.999/RJ, submetido à análise da 2^a turma do Supremo Tribunal Federal, o relator, Min. Edson Fachin, negou seguimento ao recurso por intempestividade, tendo o Min. Gilmar Mendes, entretanto, apesar de acompanhá-lo quanto ao não conhecimento, concedido ordem de *habeas corpus* de ofício, para assentar o descabimento da execução provisória de pena restritiva de direitos. Até o encerramento desta pesquisa, o julgamento não havia sido concluído.

⁷³⁸ Sobre a natureza jurídica da execução provisória da pena, cf., *supra*, item 2.6.2.

discussão de violação ao art. 60, § 4.º, III, da Constituição, pelo qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”, “os direitos e garantias individuais”, uma vez que a modificação se daria não quanto à presunção de inocência, cuja alteração tendente a diminuir o seu alcance é constitucionalmente proibido, mas às hipóteses recursais previstas no ordenamento constitucional.

Trata-se de proposta que, tivesse havido interesse político⁷³⁹, poderia vir a ser implementada na realidade brasileira, sem que, para tanto, precisasse o Supremo Tribunal Federal violar a literalidade do texto constitucional para reconhecê-la. A grande diferença entre a PEC dos Recursos e o entendimento adotado pela Suprema Corte é que o meio empregado para a obtenção do resultado seria, não só legítimo, já que a alteração das atribuições do Supremo Tribunal Federal não está incluída dentro das cláusulas pétreas, como, ainda, estaria assegurada a legitimidade da medida, evitando-se questionamentos acerca da sua viabilidade constitucional. Em síntese, é possível chegar-se a resultados válidos diante da Constituição Federal sem que, para tanto, seja necessário violá-la.

O que, entretanto, não se pode admitir é que o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de interpretar a Constituição de 1988, se coloque em posição de substituir o próprio Poder Legislativo na escola de políticas criminais ou, como se viu na execução provisória da pena, promove uma verdadeira emenda constitucional ao dispor sobre o conteúdo jurídico da presunção de inocência assegurada no art. 5.º, LVII, da Constituição.

⁷³⁹ Ao longo de sua tramitação no Senado Federal, a PEC n.º 15/2011 não só foi completamente desvirtuada como também, antes de ser arquivada ao final da legislatura, nos termos do § 1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal, acabou recebendo uma emenda modificativa tendente não só a excluir as sugestões da proposta inicial, mas acrescer o parágrafo único do art. 96 da Constituição, dispondo que “os órgãos colegiados e tribunais do júri poderão, ao proferirem decisão penal condenatória, expedir o correspondente mandado de prisão, independentemente do cabimento de eventuais recursos”.

CONCLUSÕES

1. O Código de Processo Penal de 1941 foi desenvolvido e inspirado durante um período ditatorial, sendo reflexo de expoentes do pensamento nacional autoritário vigente à época. Entre a prevalência do direito à liberdade e o dever de manutenção da ordem, foi este último que prevaleceu. Não por menos, no tocante à prisão, instituiu-se, frente à presunção de inocência, verdadeira presunção de culpa.

2. Com a promulgação da Constituição de 1988, consagrou-se não apenas o modelo acusatório de processo, como, ainda, impôs-se uma série de direitos que implicaram na necessidade de releitura do Código de Processo Penal à luz desse novo modelo. Em consequência, e tendo em vista a consagração da presunção de inocência, a prisão somente pode ser decretada nas situações claramente delimitadas pela norma, sendo medida de *ultima ratio*.

3. É preciso romper com a prática de “constitucionalizar” a lei ordinária, enquanto a Constituição é “ordinarizada”, questão atinente à teoria das fontes. Para tanto, é necessário que se compreenda as normas constitucionais não apenas como diretrizes, mas como verdadeiras imposições dirigidas aos intérpretes e ao legislador. Desse modo, ainda que a Constituição não seja uma solução para todos os problemas sociais, é imperativo que o processo penal reflita seus anseios, de modo a salvaguardar direitos individuais.

4. Deve-se afastar a lógica maniqueísta entre garantismo e eficientismo, bem como a noção de que a eficiência no processo penal é medida pelo número de condenações. Em contraposição, defendemos que se adote uma noção de processo penal eficiente, no qual busque-se efetivar o projeto constitucional, sem esquecer-se que, para chegar legitimamente à imposição de uma pena, é necessário que obedeça a relação entre fins e meios, assegurando-se direitos e garantias individuais.

5. Nessa quadra, além de assumir o papel de mantenedor da regularidade processual, o juiz assume o compromisso de ser garantidor dos direitos fundamentais, pelo qual

entende-se a necessidade de instrumentalizar e aperfeiçoar o constitucionalismo, bem como coibir os excessos do Poder Judiciário. Em outras palavras, entendemos que a legitimação do juiz está não em assegurar a vontade da maioria, mas em uma atuação contramajoritária, sempre que for necessário a garantir a força da Constituição.

6. No que diz respeito à presunção de inocência, muito embora desde a Roma Antiga se pudesse falar no *in dubio pro reo*, essa garantia somente foi incorporada a partir da Revolução Francesa, que a desenvolveu enquanto reação a uma série de abusos, no qual presumia-se não apenas a culpabilidade do indivíduo, como, ainda, impunha-se a este a demonstração de sua inocência.

7. Influenciada pelos ideais iluministas, desenvolveu-se na Itália a Escola Clássica que, dentre outras propostas, sustentava que a presunção de inocência era condição de legitimação do poder punitivo. Em contraposição, a Escola Positivista argumentava que a presunção de inocência incidia unicamente no procedimento preliminar e desde que o acusado recusasse a autoria do delito. Por fim, a Técnico-Jurídica considerava a presunção de inocência uma extravagância, servindo tão somente para conduzir os direitos individuais ao excesso.

8. Foram justamente as discussões estabelecidas pelas escolas italiana, notadamente as Escolas Clássica e Técnico-Jurídica que, posteriormente, acabaram influenciando na redação do art. 27, 2, da Constituição italiana, segundo o qual “o acusado não será considerado culpado até condenação definitiva”. Muito embora esse dispositivo tivesse ensejado diversas discussões acerca de sua terminologia, em que alguns defendiam presunção de inocência e outros presunção de não culpabilidade, é certo ambas as expressões cuidam do mesmo significado.

9. No ordenamento brasileiro, em 1981, com o fito de substituir a Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, que impunha normas gerias do regime penitenciário, por uma comissão de juristas, restou elaborado o Anteprojeto da Lei de Execução Penal, posteriormente sancionada como a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 que, dentre outras hipóteses, passou a

constar nos arts. 104, 147 e 164, a exigência do trânsito em julgado como requisito para a aplicação da pena privativa de liberdade.

10. Com o fim da Ditadura Militar em 1985 e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte em 1987, os constituintes originários, com inspiração na Constituição italiana, entenderam por dar a atual Constituição de 1988, a redação do art. 5.º, LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, afastando, quando das discussões travadas, todas as propostas que visavam limitar à presunção de inocência apenas a formalização da culpa.

11. De igual forma, após dez anos de tramitação do Projeto de Lei n.º 4.208/2001, foi sancionada a Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011 que, dentre outras modificações promovidas no Código de Processo Penal, alterou o seu art. 283 para que as únicas modalidades de prisão cabíveis na legislação processual penal fossem a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão decorrente de sentença penal condenatória.

12. Em reforço a presunção de inocência já previsto na Constituição de 1988, o Brasil, através do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou o Pacto de São José da Costa Rica que, de hierarquia constitucional, por força do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, impôs, em seu art. 8.º, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

13. O conteúdo da presunção de inocência permite que sejam extraídos três significados diversos: norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. Interessa a presente pesquisa, apenas a presunção de inocência enquanto norma de tratamento, compreendendo a noção de que, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, o réu não pode ser tratado como se culpado fosse. Desse modo, devem ser taxadas de inconstitucionais todas as medidas que imponham a antecipação da punição estatal, dentre os quais a própria execução provisória da pena.

14. Em se tratando de prisão, o ordenamento pátrio permite que se distinga duas modalidades diversas: a prisão processual, de um lado, que tem como requisitos a necessidade de ser decretada por ordem judicial, devidamente motivada, o respeito ao contraditório, a excepcionalidade, a provisoriação, a obediência a legalidade e a proporcionalidade, e pode ser subdividida entre a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva e, de outro, a prisão penal, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

15. A execução provisória da pena, por conta de suas características, não se enquadra em nenhuma das modalidades de prisão. Não é prisão processual porque, dentre outras razões, não obedece a exigência de excepcionalidade, tampouco de provisoriação. Não é prisão penal, porque não cumpre a exigência do trânsito em julgado. Assim, cuida-se de modalidade de prisão *sui generis*, manifestamente ilegal, já que decorre não da legalidade, mas da autoridade do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete último da Constituição.

16. A discussão acerca do cabimento da execução provisória da pena, conforme analisada na presente pesquisa, ganhou a atenção do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988, em pelo menos sete oportunidades, sem que, até a presente data, tivesse sido adotada uma solução pacífica do tema. Ao contrário, desde o julgamento do HC n.º 68.726/RJ, de 28 de junho de 1991 até, finalmente, a análise do HC n.º 152.752/PR, de 4 de abril de 2018, pelo menos quatro teses surgiram dessas discussões.

17. A primeira delas, consagrada na análise do HC n.º 68.726/RJ, no HC n.º 69.964/RJ, no HC n.º 126.292/SP, na Medida Cautelar na ADC n.º 43 e 44/DF, na ARE n.º 964.246-RG/SP e no HC n.º 152.752/PR, dentre outros argumentos, defendia que, mesmo diante da previsão constante no art. 5.º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a ausência de efeito suspensivo a esses recursos, não implicaria em vedação ao cumprimento antecipado da pena.

18. Em sentido contrário, a segunda posição, consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.º 84.078/MG, apontava que, diante da presunção de inocência reconhecida no texto constitucional, bem como das disposições constantes nos arts. 105, 147 e 164 da Lei de Execuções Penais, a execução da pena somente poderia se dar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo inadmissível, portanto, a execução provisória da pena.

19. De outro lado, muito embora não tenham sido teses consolidadas nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, as discussões quanto ao cumprimento provisório da pena, proporcionaram o surgimento de duas propostas relacionadas ao assunto. Enquanto a terceira posição defendida, argumentava que a execução provisória da pena estaria autorizada após a conclusão do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, a quarta posição, aderindo a esse posicionamento, adicionava, também, a possibilidade de execução provisória da pena para os crimes graves.

19. Seja como for, é certo que, ao reintroduzir o cabimento da execução provisória da pena no ordenamento pátrio, a Suprema Corte acabou por incorrer em verdadeiro rompimento constitucional, impondo-se um entendimento que não só se desviou do texto da Constituição, consoante se verifica no art. 5.º, LVII, mas, sobretudo, porque impôs uma interpretação que vai contra o próprio programa constitucional. Isso sem falar no desrespeito a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n.º 12.403/2011.

20. Tem-se, pois, diante desse contexto, que nenhum dos argumentos apresentados, mera repristinação, aliás, de pontos já rejeitados pelo próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n.º 84.078/MG, autorizavam a virada interpretativa ocorrida na análise do HC n.º 126.292/SP.

21. Assim, a alegação de que inexistiria uma garantia legal e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, é facilmente afastado ao se verificar que a Constituição de 1988, diferentemente de outros países, exigiu não o duplo grau de jurisdição, mas o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória como condição para que o indivíduo pudesse dar início ao cumprimento da pena imposta, bem como fosse possível o afastamento da presunção de inocência.

22. Do mesmo modo, a alegação de que após o julgamento em segunda instância não haveria mais a possibilidade de análise de matéria fática, também não se sustenta. Ao contrário do que se defendeu, além do equívoco na separação entre matéria de fato e matéria de direito, os recursos excepcionais permitem que inúmeras discussões possam ser realizadas nos Tribunais Superiores. Ademais, ainda que não fosse, diante de manifesta ilegalidade, o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, permitiria a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, independentemente da existência, ou não, de vícios formais no recurso.

23. Quanto à possibilidade de início do cumprimento da pena após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, posição vencida sustentada por alguns Ministros, trata-se de hipótese vedada no ordenamento pátrio, posto que, diferentemente de outras nações, a Constituição de 1988 adota a culpabilidade jurídica em detrimento da fática, de modo que, a presunção de inocência não vai perdendo efeito com o passar das instâncias recursais. Em consequência, resta afastada, também, a possibilidade de implantação do trânsito em julgado progressivo, já que inexiste previsão legal nesse sentido.

24. No que toca à ausência de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, trata-se de uma indevida importação de institutos do Direito Processual Civil, que pouca, ou nenhuma aplicabilidade, representa ao processo penal, já que é o art. 5.º, LVII, da Constituição quem acaba suspendendo os efeitos da decisão condenatória até que ocorra o trânsito em julgado. E mesmo que não o fosse, seria necessário, ainda, diante do princípio da legalidade e da tipicidade processual que a lei expressamente dispusesse acerca dessa modalidade de prisão.

25. Quanto à possibilidade de iniciar o cumprimento provisório da pena como meio dissuasório da impunidade e mecanismo tendente a tornar a jurisdição mais funcional e equilibrada, também não se sustenta. Além de já existirem mecanismos aptos a obstar o abuso

no direito de recorrer, não se legitima condenações violando-se direitos fundamentais. Por outro lado, inexiste qualquer comprovação no sentido de que a impunidade exerceria um efeito social, estimulando a própria pessoa ou terceiro, a cometerem crimes.

26. Quanto à legitimação do cumprimento antecipado da pena sob o argumento do princípio da igualdade, pelo qual pessoas mais abastadas teriam condições de contratarem melhores advogados, trata-se, como nos posicionamos de uma igualdade às avessas, em que, ao invés de aperfeiçoar-se o sistema penal, simplesmente tolhe-se direitos e garantias individuais consagrados na Constituição. Ademais, mesmo que assim não fosse, basta uma simples análise estatística da população carcerária, para se verificar que os principais clientes do sistema penitenciário são pessoas de cor preta/parda e de baixa escolaridade e não pessoas de destaque social.

27. A análise do Direito comparado também não favorece a autorização da execução provisória da pena. Além de ser possível encontrar em mais de quatorze países que exigem decisão condenatória definitiva ou com trânsito em julgado, a Constituição brasileira foi bastante clara ao exigir a ocorrência do trânsito em julgado como condição para que se pudesse afastar a presunção de inocência do indivíduo.

28. Também chama atenção o fato de os Ministros, ao reintroduzirem a execução provisória da pena, terem ignorado o argumento, sobejamente utilizado no HC n.º 84.078/MG, de que o cumprimento antecipado da pena violaria à dignidade da pessoa humana. Ao assim procederem, não só comprovaram a ideia de rompimento constitucional como, ainda, demonstraram que a dignidade da pessoa humana pode ser manipulada ao sabor dos ventos.

29. Entendemos que o retorno da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal foi fruto não de uma análise amadurecida, mas da mera conveniência do momento. Não houve preocupação, sequer, em justificar a sua reintrodução no ordenamento pátrio ou mesmo a construção de argumentos que, por sua natureza, pudesse justificar a

guinada jurisprudencial ocorrida a partir do julgamento do HC n.º 126.292/SP. Tratou-se, a bem da verdade, de uma decisão de política criminal, no qual a Suprema Corte, ao invés da guarda da Constituição, arvorou-se à condição de constituinte derivado reformador, cuja legitimidade, entretanto, cabe ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário.

30. É possível, finalmente, que reformas sejam introduzidas no Direito Processual Penal brasileiro, inclusive com o efeito da execução provisória da pena, sem que, para tanto, seja necessário romper o texto constitucional. É condição para o amadurecimento da jurisdição constitucional, que haja um mínimo de segurança jurídica nas decisões judiciais e, mais do que isso, estabilidade nos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete último do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 102, v. 938, dez. 2013.

_____. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

ABREU, Florêncio de. Novos aspectos do processo penal brasileiro. *Revista Forense*, v. 92, p. 331-337, nov. 1942.

_____. Princípios informativos do Código de Processo Penal. *Revista Forense*, v. 96, p. 5-11, out. 1943.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

AGUIAR, Julio Cesar; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira. *Revista Brasileiro de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, abr./jun. 2018.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. Desrazões do STF para a violação da presunção de inocência e execução antecipada da pena. In: _____; _____. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *O contraditório no processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 7, 1899.

_____. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

AMATO, Giuliano. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milano: Giuffrè, 1967.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitório al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. In: _____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: _____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Mauro Fonseca de. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: RT, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Da prisão preventiva compulsória*. Goiânia: 1957.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Garantia constitucional do processo justo: eficiência e garantismo. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117, out. 2012.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de combate ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004.

BEIRED, José Luis Bendicho. *Sob o signo da nova ordem: intelectuais autoritários no Brasil e na Argentina*. São Paulo: Loyola, 1999.

BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1969.

BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

_____. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editores, 1974.

_____. *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1955.

_____. Sulle presunzione nel diritto e nel processo penale. In: _____. *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966. t. 1.

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito* 70, Coimbra, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONCHRISTIANO, Carlos Augusto. A aplicação do princípio in dubio pro reo nos tribunais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 724, fev. 1996.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGHESE, Sofo. Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 13.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 56, n. 41, 30 mar. 2001.

_____. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 57, n. 18, 14 mar. 2002.

_____. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 56, n. 41, 30 mar. 2001.

_____. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 62, n. 122, 4 jul. 2007.

_____. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*: Brasília, DF, ano 65, n. 87, 10 jun. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões* – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. *Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017*. MOURA, Marco Vinícius (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*: Brasília, DF, ano 64, n. 39, 2 abr. 2009.

_____. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*: Brasília, DF, ano 64, n. 28, 18 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 152.752/SP. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 68.726/RJ. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira, 28 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 5 de maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 69.964/RJ. Impetrante: George Tavares. Paciente: Jorge Raymundo Martins. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n.º 84.078/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP*. Recorrente: M. R. D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Vigésimo Sexto Agravo Regimental na Ação Penal n.º 470/MG. Agravante: Delúbio Soares de Castro. Recorrido: Procurador-Geral da República. Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>. Acesso em: 5 maio 2019.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: _____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – história da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

CAMPOS, Francisco. A política e o nosso tempo. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. p. 38.

_____. Directrizes do Estado Nacional. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

_____. Estado Nacional. In: _____. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. p. 38.

_____. Notas e comentários a Constituição de 1937 e sua vigência. *Revista Forense*, v. 103, p. 171-177, jul. 1945.

_____. *O Estado Nacional e suas diretrizes*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Os métodos do achamento político. In: _____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013.

_____; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARBONARO, Salvatore. I rapporti civili e i rapporti politici. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Orgs.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Bárbera, 1950.

CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Milano: Carlo Brigola, 1882.

_____. *Scritti inediti*. Lucca: Giuseppe Giusti, 1852. v. 5.

CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. In: _____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1961.

_____. *Principios del processo penal*. Buenos Aires: Ejea, 1971.

CARONE, Edgard. *O Estado Novo: 1937-1945*. Rio de Janeiro: Difel, 1976.

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. In: _____. *Opusculi di diritto criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1874. v. 5.

_____. Immoralità del cárcere preventivo. In: _____. *Opusculi di diritto criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1881. v. 4.

_____. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIAVARIO, Mario. *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, nel sistema delle fonti normative in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In: *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. Presunzione d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 34, Milano, Giuffrè, 2000.

_____. *Processo e garanzie della persona: le singole garanzie*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, t. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: _____. *Nuovi saggi di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1912.

CHIOSSONE, Tulio. El proceso como garantía de la libertad individual. In: _____. *Temas procesales y penales*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1977.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Linhas fundamentais do processo penal brasileiro. In: _____. *Processo penal à luz da Constituição: temas escolhidos*. 1. ed. Bauru: Edipro, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CIOTOLA, Marcello. O pensamento autoritário de Francisco Campos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 80-112, jul./dez. 2010.

CONDE, Francisco Munoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSO, Giovanni. *Instituzioni di diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1969.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

COTRIM, Lívia Cristina de Aguiar. *O ideário de Getúlio Vargas no Estado Novo*. 1999. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 78, 2002.

_____. O papel do juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUÉLLAR, Jaime Bernal; LYNELL, Eduardo Montealegre. *El processo penal: fundamentos constitucionales y teoria general*. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Livraria do Advogado, 2018.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2015.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editorial, 1984. v. 1.

DIAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do Direito. In: CAMPILONGO, Carlos Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Encyclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 1.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOMINIONI, Oreste. Il 2.º comma dell'art. 27. In: BRANCA, Giuseppe; PIZZORUSSO, Alessandro (Coords.). *Commentario della Costituzione: rapporti civili*. Bologna: Zanichelli, 1991.

D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

EPIDENDIO, Tomaso. Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e c.p.p. 1988. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32, Milano, Giuffrè, 1989.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: EdUSP, 2006.

_____. *O pensamento nacional autoritário: 1920-1940*. São Paulo: Zahar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRUA, Paolo. I poteri probatori del giudice dibattimentale: gagionevolezza delle Sezione unite e dogmatismo della Corte Costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 37, Milano, Giuffrè, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2008, n. 70.

_____. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

FERNANDES, João Batista Ribeiro de A. *História do Brasil*. 16. ed. Rio de Janeiro, São José, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

_____. La semántica de la teoría del derecho. In: _____. *Epistemología jurídica y garantismo*. 1. ed. México: Fontamara, 2004.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Sociologia criminale*. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900.

FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante Franzé; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. A busca da segurança jurídica no incidente de resolução de demanda repetitiva por intermédio dos mecanismos dos precedentes no Brasil. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; ALVES, Fernando de Brito; POZZOLI, Lafayette. (Orgs.). *Direitos fundamentais: construção do saber jurídico no exercício da cidadania*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

FROSALI, R. A. La giustizia penale. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Orgs.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Bárbera, 1950.

FURTADO, Régis Munari. Inversão do ônus da prova nos crimes de receptação e violação ao princípio da presunção de inocência: estudo de casos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. In: LOPES, Anderson Bezerra et alii. (Orgs.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____. Persecução penal, ética e corrupção: o papel do processo penal na tutela das garantias. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Corrupção, ética e cidadania*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GAMA, Luís Osório da; BÁTISTA, Castro de Oliveira. *Comentário ao código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editorial, 1932. v. 1.

GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale* 41, Milano, Giuffrè, 1998.

GENELHÚ, Ricardo Tadeu Penitente. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

GESU, Cristina di. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5.º, LVII, da Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSTEIN, Abraham S. Reflections on two models: inquisitorial themes in American criminal procedure. *Stanford Law Review* 26, n. 5, p. 1009-1025, mai. 1974.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Medidas cautelares. Princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado* 42, São Paulo, AASP, abr./1994.

_____. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003

_____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. Comentário ao art. 282 do Código de Processo Penal. In: _____; MARQUES, Ivan Luís. (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Comentário ao art. 283 do Código de Processo Penal. In: _____; MARQUES, Ivan Luís. (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais* 729, São Paulo, RT, jun. 1996.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Os direitos individuais e o processo judicial: habeas corpus, mandado de segurança e outros instrumentos constitucionais*. São Paulo: Atlas, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

_____. Pareceres. In: _____. *O processo em marcha*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; _____; _____. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1950.

GUARNERI, Giuseppe. *La parti nel processo penale*. Milano: Fratelli Bocca, 1949.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Limites da mutação constitucional. In: _____. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. O Direito Penal no Estado Novo. *Revista Forense*, v. 85, p. 265-272, fev. 1941.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

_____. Presunzione di non colpevolzea. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1991, v. 24.

ISOBE, Natalia Cristina Rezende. As escolas penais europeias e a construção do pensamento jurídico brasileiro no início do século XX. In: BRITO, Alexis Couto; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. (Orgs.). *Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e o movimento político-criminal*. São Paulo: Plêiade, 2012.

KALIL, José Arthur di Spirito. Guia de recolhimento, mandado de prisão e início de execução penal. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. (Coords.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Revan, n. 1, v. 1, 1.º sem. 1996.

. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdãos penais condenatórios recorríveis. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KIRÁLY, Tibor. Significato e valore della presunzione d'innocenza. *L'indice penale* 26, Padova, Dike Giuridica, jan./abr. 1992.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v. 4.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, jul./98 a dez./99.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1956.

. *Manuale di diritto processuale penale*. 30. ed. Napoli: Jovene Editore, 1988.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 7. ed. Torino: Giappichelli, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010.

MAIER, Julio B. J. *Derecho proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. t. 1.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade - anotações. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* 126, São Paulo, 1990.

MALINVERNI, Alessandro. *Lineamenti di storia del processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 1972.

MALTA, Tostes. *Da prisão preventiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1951. t. 1.

MARAFIOTI, Luca. L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, n. 36, 1993, p. 829-849, 1993.

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

_____. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Ivan Luís. Comentário aos arts. 1.º, 2.º e 3.º do Código de Processo Penal. In: GOMES, Luiz Flávio; _____. (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, José Frederico. A função do juiz. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. 2 ed. São Paulo: Millenium Editora, 2001.

_____. Da prisão no direito brasileiro. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. 2 ed. São Paulo: Millenium Editora, 2001.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1.

_____. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Os princípios constitucionais da justiça penal. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium Editora, 2001.

MARTÍN, Agustín-Jesús Pérez-Cruz; BAAMONDE, Xulio-Xosé Ferreira; RODRÍGUEZ, José Ramón Piñol; SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2014.

MASSA, Carlo. Aspetti della reforma del processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, v. 6, n. 3, jul./set. 1963.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 151, jan. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Juiz-Secretário de Segurança Pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2012, n. 96

MELO, Valber; FARIA, Fernando Cesar; VARANDA, Thiago Ramos. O tratamento constitucional da inocência: presunção ou estado, princípio ou regra? *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 22, dez. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

_____; _____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal: segunda lectura constitucional*. Barcelona: José María Bosch, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____; FABRINNI, Renato N. *Execução penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais* 416, São Paulo, RT, jun. 1970.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOURA, Humberto Fernandes de. Prisões provisórias: evolução legislativa e sua análise em face do princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não culpabilidade. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, jun./jul. 2006.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 42, v. 11, 1990.

NASSIF, Aramis. A absolvição e álibi (não-autoria). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 54, São Paulo, mai. 1997.

NAVA, Pedro. *Baú de ossos*. 10. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2009.

NEVES, Antonio Castanheira. A distinção entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. In: _____ . *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. *Questão-de-facto-questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

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

ODON, Tiago Ivo. *O modelo de justiça criminal no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

OLIVEIRA, Herviane Vívian Alves de. Efeitos da presunção de inocência no processo penal. *Revista de Doutrina e Jurisprudência* 49, Brasília, set./dez. 1995.

ORLANDI, Renzo. Provvatoria esecuzione dele sentenze e presunzione di non colpevolezza. *L'indice penale* 3, Padova, Cedam, 2000.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____ ; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PARDO, Miguel Angel Montañes. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 1999.

PAULESU, Pier Paolo. Presunzione di non colpevolezza. In: *Digesto delle discipline penaliistiche*. 4. ed. Torino: Utet, 1995. v. 9.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. (Coords.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; _____. (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PISANI, Mario; MOLARI, Alfredo; PERCHINUNNO, Vincenzo; CORSO, Piermaria. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1994.

PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1960.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A tutela da liberdade no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva (Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRim, 2006.

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 1.º/2.º sem. 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 12. ed. São Paulo: RT, 2013.

QUAGLIERINI, Corrado. In tema di onore dela prova nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 41, 1998.

QUEIJO, Maria Elizabeth. Princípio da legalidade: a constante necessidade de reaver essa conquista. In: LOPES, Anderson Bezerra et alii. (Orgs.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

QUEIROZ, Roger Moreira de. O princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 e pelo STF: crítica a uma decisão descompromissada com a Constituição. *Revista dos Tribunais* 995, São Paulo, RT, set. 2018.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, ago./set. 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012.

ROSA, Inocencio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. v. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais* 842/413-436, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2005.

SAMPAIO, Daniel. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANGUINÉ, Odene. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Le Blanch, 2003.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2005, n. 52.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. *A questão do fato e a questão do direito a partir de uma perspectiva hermenêutica*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Os desafios do direito constitucional brasileiro: continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. *Locus: Revista de História, Juiz de Fora*, v. 13, n. 2, p. 31-47, 2007.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal*. Madrid: Colex, 1990.

SCHMIDT, Andrei Zankner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. (Org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Denival Francisco da. *De guardião a vilão: a contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil*. Florianópolis: EMais, 2018.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, RT, 2008, n. 73.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. A efetividade do acesso à justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 9, n. 17, p. 125-144, jan./jun. 2006.

_____. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. A reforma do direito processual penal português – celeridade e garantias constitucionais. In: _____. (Coord.) *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; _____. (Coord.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Dignidade humana e globalização. In: _____. (Coord.). *A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____. Igualdade na persecução penal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: _____. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Juizados Especiais Criminais*. 1995. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. Procedimento de ofício. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; _____ (Orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Refugiados são pessoas, dignas e com direitos. In: PINTO, Eduardo-Vera Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho; BARROSO, Luís Roberto; _____; CICCO, Maria Cristina de. (Coords.). *Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a Antonio Guterres*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. Dignidade humana e persecução penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonio; TRANCHINA, Giovanni; ZAPALLÀ, Enzo. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 1.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. (Coords.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, João Fiorillo de. *A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Curitiba: Juruá, 2013.

STEFANINI, Pier Luigi. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. *La scuola positiva* 7, 1953.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Presunção de inocência: o *Habeas Corpus* 126.292, o *Habeas Corpus* 152.752 e a ADC 44. In: _____. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: estudos dos sistemas brasileiro, americano e italiano*. Curitiba: Juruá, 2011.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manuale de procedura penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

_____. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: UnB Editora, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: PIERANGELI, José Henrique. *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 3.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Presunção de inocência e prisão provisória: análise crítica da Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr./jun. 1992

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUOZZI, Pasquale. *L'autorità della cosa giudicata: nel civile e nel penale*. Torino: Utet, 1900.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VARGAS, Getúlio. “Os trabalhadores de São Paulo e o Governo” improviso, em agradecimento pela grande manifestação trabalhista da tarde 23 de julho de 1938, na Avenida São João. In: *A Nova Política do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. v. 5.

VALE, Ionilton Pereira do. O direito constitucional processual penal: o processo penal como garantia do indivíduo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 897, jul./2010

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2004. t. 1,

VERAS, Ryanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VIDAL, Luís Fernando C. de Barros. Efeitos suspensivos dos recursos constitucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo* 92, São Paulo, RT, out./dez. 1998.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo de. (Org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.