



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

NATÁLIA TRAJANO DE SOUSA TEIXEIRA

**O ANTIGARANTISMO DE UMA DECISÃO POLÊMICA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília

2017

NATÁLIA TRAJANO DE SOUSA TEIXEIRA

**O ANTIGARANTISMO DE UMA DECISÃO POLÊMICA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Mestre Fernando
Parente

Brasília

2017

TEIXEIRA, Natália Trajano de Sousa .

O Antigarantismo de uma decisão polêmica do Supremo Tribunal Federal

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Fernando Parente

NATÁLIA TRAJANO DE SOUSA TEIXEIRA

**O ANTIGARANTISMO DE UMA DECISÃO POLÊMICA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Mestre Fernando
Parente

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Fernando Parente
Orientador

Examinador

Examinador

À minha mãe, por ter sido meu guia e suporte ao longo de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

À minha mãe Lúcia, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

A todos os professores ao longo do curso, por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional.

“Nada mais honroso do que mudar a justiça de sentença, quando lhe mudou a convicção. (Rui Barbosa)

RESUMO

Uma análise das teorias que buscam justificar a penalização do indivíduo que pratica ato ilícito, com um breve exame acerca do movimento de Lei e Ordem, do Movimento Tolerância Zero e do Garantismo Penal é essencial atualmente. Como uma das teorias base para a Constituição Federal, o Garantismo Penal, escorada na Declaração dos Direitos Humanos e tendo por base a proteção aos direitos individuais dos acusados, busca uma alternativa à ideia de total repressão. Com o intenso avanço da sociedade e dos grandes centros urbanos, o mundo ainda procura formas de diminuir a criminalidade. Com uma análise teórica e levantamento bibliográfico por meio de livros e documentos disponíveis na internet, o presente trabalho busca analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena condenatória à luz do Garantismo Penal, suas críticas e fundamentos, bem como seu cabimento jurídico. Também busca uma análise histórica a fim de analisar o desenvolvimento da questão e as mudanças de entendimento sobre o tema ao longo dos anos. Observando a ideologia Antigarantista, do Movimento de Lei e Ordem e Tolerância Zero, busca-se analisar se há similaridades da recente decisão do *Habeas Corpus* 126.292 com políticas antigarantistas e de aplicação do rigor máximo da pena em detrimento de garantias constitucionais expressas.

Palavras chave: Direito Penal. Garantismo Penal. Antigarantismo. Movimento Lei e Ordem. Tolerância Zero. Execução provisória da pena. Princípio da Não-Culpabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O GARANTISMO PENAL	4
1.1. Apontamentos teóricos sobre o garantismo	4
1.2. O garantismo no Brasil	9
1.3. O princípio da legalidade no modelo garantista	15
2. O ANTIGARANTISMO	21
2.1. O movimento lei e ordem	23
2.2. A tolerância zero e os crimes hediondos no Brasil como exemplo da sua aplicação	28
3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA - UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	32
1.1. A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e sua polêmica	32
1.2. As garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e o princípio da não- culpabilidade	34
1.3. A manifestação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292	38
1.4. Críticas à execução provisória da pena como resultado de uma postura antigarantista	45
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República de 1988 ao prescrever em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em, julgado da sentença penal condenatória", emprega o chamado princípio da presunção de inocência, ou princípio da não-culpabilidade.

A polêmica discussão encontra-se diante da possibilidade de o acusado responder ou não em liberdade aos recursos de índole extraordinária, ou seja, recursos especial e extraordinário, por ele interposto e na mudança de entendimento que a Suprema Corte vinha aplicando desde 2009, à época, considerado por muitos, como um marco da aplicação do pensamento garantista.

De início, necessária uma abordagem teórica acerca do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e suas aplicações no direito brasileiro, a fim de compreender do que se trata e como o pensamento garantista influencia legisladores e julgadores, tendo uma atuação direta na interpretação da Suprema Corte acerca do tema discutido neste trabalho. Destaca-se, ainda, o princípio da legalidade apontado pelo autor e uma diferenciação entre legalidade ampla e estrita.

Em um segundo momento, passa-se à análise do antigarantismo como uma busca por alternativas de enfrentamento ao problema da criminalidade. Na contramão do garantismo, as teorias antigarantistas, ressaltando-se o direito penal máximo e o direito penal do inimigo, entendem que o excesso de garantismo criou uma sensação de impunidade e que acaba por beneficiar o criminoso aumentando, por consequência, a criminalidade. Busca-se uma solução imediata para o problema de segurança que a sociedade, muitas vezes representada pelos mais afortunados, enfrenta.

Dentre as aplicações de ideologias antigarantistas, destacou-se o Movimento Lei e Ordem, vendo no endurecimento das penas e na exclusão do criminoso do convívio social uma solução para o crescente problema da criminalidade. Tendo a Tolerância Zero e a Teoria das Vidraças Quebradas como ícones do movimento, afirmam que prender as pessoas que cometeram pequenas infrações serviria como forma de inibir o cometimento de infrações de

maior gravidade.

De volta à realidade brasileira, como resposta a uma onda de sequestros de grandes nomes na mídia e no setor financeiro, a lógica do Tolerância Zero serviu de inspiração para uma série de legislações àquela época, citando-se a Lei de Crimes Hediondos como exemplo dessa aplicação.

O Supremo Tribunal Federal, tendo como base uma concepção garantista, que busca a proteção do cidadão contra possíveis atos de arbitrariedade estatal, havia pacificado o entendimento acerca da impossibilidade de executar pena privativa de liberdade quando houver recurso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, após o advento da Constituição Federal de 1988, o maior empecilho para a execução provisória da pena passou a ser o princípio da presunção de inocência, ou princípio da não-culpabilidade, estatuído como cláusula pétrea, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tomando por base esta prerrogativa, o acusado não pode ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, ficando impossibilitada a aplicação imediata de qualquer consequência que a lei prevê como sanção punitiva antes de decisão final irreversível.

Diante da mudança deste entendimento e da fundamentação dos ministros para alteração de paradigma, fomentou-se a polêmica e retornou-se uma discussão que havia sido pacificada desde 2009. Considerada por muitos como retrocesso, a decisão é de grande importância por tratar diretamente de direito fundamental do cidadão à liberdade e por ir contra cláusula constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento da inexistência do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, entendiam pela admissibilidade da antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade, enquanto pendente julgamento dos mencionados recursos. Contudo, em outros momentos, entendiam pela inadmissibilidade sob o argumento de que incidiria em violação ao princípio do estado de inocência.

Tendo como base esta discussão e a ausência de entendimento pacificado nos tribunais superiores, justifica-se a necessidade de uma análise acerca da (im)possibilidade da execução da pena privativa de liberdade enquanto pendente julgamento de recursos especial e extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado, mormente ao esclarecimento dos

conflitos que envolvem os princípios garantidores do *jus libertatis* do acusado inerentes do Estado Democrático de Direito.

Presente este contexto, a temática deste trabalho encontra-se desenvolvida em três capítulos, a saber: o primeiro aborda a questões teóricas acerca do garantismo, seu desenvolvimento no Brasil e a aplicabilidade do princípio da legalidade de Luigi Ferrajoli; o segundo discorre sobre o antigarantismo, com enfoque nos movimentos de Lei e Ordem e Tolerância Zero e seu surgimento no Brasil e, por fim o terceiro capítulo apresenta uma análise crítica acerca do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292.

Há que se consignar que esta matéria está em crescente ebulição, sobretudo em decorrência de decisões monocráticas observados no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. Notadamente a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no HC 135.100, em decisão posterior ao HC 126.292, que concedeu liminar para suspender um mandado de prisão por entender ser uma ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Portanto, não há que se falar em posicionamento definitivo sobre este tema de estudo, mas de fazer academicamente uma avaliação pontual no auge das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

1. O GARANTISMO PENAL

1.1 Apontamentos Teóricos Sobre o Garantismo

Há indícios de que a ideia do garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente crítica da Criminologia e que veio a ganhar força e forma na Itália, onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso desenfreado do direito penal pelo Poder Público, em meio a um contexto de embate entre grupos políticos que usavam de práticas interpretadas como terroristas para impor ideais próprios. Contudo, não é possível indicar uma data precisa como marco inicial.¹

Descrita por Luigi Ferrajoli, a teoria do garantismo penal surgiu como uma crítica ao Direito Penal à época e com o escopo de garantir a proteção à liberdade do indivíduo contra o exercício arbitrário do poder do Estado e procura delinear um modelo que assegure direitos, com ênfase na racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva do Estado. O autor não conceitua o garantismo penal, dando a este dois diferentes significados distintos, porém, todos correlacionados.

O primeiro significado refere-se à segurança do indivíduo, atuando como um mecanismo que busca conter a violência a fim de garantir, ao máximo, a liberdade, ou seja, limitar o sistema punitivo do Estado em função das garantias e direitos do cidadão. O segundo significado refere-se ao que o autor chama de "dever ser" do direito penal, onde o direito penal teria uma tendência garantista mas que, na prática, pode vir a adotar uma força diversa.²

Cabe ressaltar que a teoria apontada por Ferrajoli não se trata de modificar em sua totalidade a estrutura presente no Estado de Direito, ou seja, a estrutura política de matriz social e liberal, mas apenas, que esta estrutura seja melhorada a fim de se obter seu aperfeiçoamento. Partindo de um ponto de vista liberal, a proposta garantista defende que os direitos e liberdades do cidadão não podem sofrer qualquer tipo de intervenção estatal, enquanto um ponto de vista social defende uma total intervenção do Estado a fim de garantir os direitos sociais da população.

De acordo com Cadermatori, a teoria garantista sugere minimizar as restrições das

¹ SWAANINGEN, René van. *Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 10, 2ª ep., Madrid, 2002, p. 272/273.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.785.

liberdades do cidadão dentro de um Estado Social "maximizador das expectativas sociais", e se trata de um dever do Estado satisfazer tais necessidades. Na contramão do pensamento de que o Estado tem que exercer a todo custo seu poder coercitivo, o autor explica que, no modelo garantista, este deve fazer um papel tanto de proteção do cidadão e aplicar o poder coercitivo com muita cautela, evitando-o a qualquer custo.³

Segundo Luiz Regis Prado, o garantismo pode ser enfocado sob três aspectos conexos entre si, a saber: a) o garantismo como um modelo normativo de direito, em que se considera como garantista o sistema jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; b) o garantismo como uma teoria jurídica crítica, cuja proposta é a distinção entre a normatividade e a realidade, ou seja, a contraposição entre o ser e o dever se, revelando-se, portanto, como uma oposição ao positivismo dogmático; e c) o garantismo como filosofia política, preconizando a justificação externa do Direito e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade.⁴

Ainda no entendimento do jurista acima mencionado, o garantismo constitui também uma corrente da filosofia jurídica cujos postulados apresentam importantes e inovadoras diretrizes para legitimação do ordenamento jurídico como um todo, caracterizando-se, essencialmente, pela instrumentalização do Direito e do Estado para que se efetivem direitos e bens fundamentais ao indivíduo.⁵

Com base nesses conceitos é possível afirmar que o garantismo penal é uma política criminal com mínima intervenção estatal e pautado na validade e efetividade da norma. Atua como um “freio ideológico para a atuação indiscriminada do Estado”⁶ na liberdade do indivíduo, forçando o poder de punir a ser usado apenas em último caso.

O Sistema Penal, consoante Nilo Batista, é estruturado a partir dos institutos investigador, julgador e executivo, ou seja, a aplicação prática do direito penal, nas palavras do autor, seria de responsabilidade dos mencionados institutos, ainda, tendo por base o pensamento do autor, essas instituições se diferem em três estágios facilmente perceptíveis: a polícia como responsável pela apuração das condutas consideradas criminosas, o Promotor como representante do poder estatal e o Juiz no papel de “aplicador da lei”, e, em um último

³ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. 2006, p. 103

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p.129

⁵ *Idem*, p.130

⁶ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. 2006, p. 104

estágio, caso o acusado venha a ser condenado a uma pena privativa de liberdade, a instituição executiva⁷.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, com a finalidade de legitimar este sistema penal, cria-se um discurso jurídico que se apoia na redistribuição e na ideia de ressocializar o condenado, advertindo, outros possíveis agentes sobre os efeitos e consequências de seguir esse tipo de comportamento. Contudo, os autores afirmam que, devido à separação de funções, é impossível que esse sistema funcione em perfeita harmonia. Ou seja, a função social real desempenhada pelo sistema penal é fundamentalmente "simbólica".⁸

O Sistema Penal, cumprindo o papel de definir, comprovar e reprimir o delito, manifesta-se em restrições e contrições sobre aqueles que são potencial ou efetivamente delinquentes. Esse processo de criminalização pode ser dividido em dois, criminalização primária, secundária e terciária.

Segundo Zaffaroni, a criminalização primária efetiva-se ao se criar uma lei direcionada a determinada parcela da população capaz de aferir conduta criminoso. Nesse sentido, a criminalização primária seria colocada em prática pelo poder legislativo ao tipificar condutas, enquanto a criminalização secundária é praticada pelo poder judiciário e pelo poder executivo, nesse caso, representado pelas instituições policiais. A criminalização secundária se dá pela constatação do critério de investigação e aplicação da lei penal pelos órgãos oficiais e até pela imprensa. Não raras vezes, é unânime que os condenados são sempre os mais pobres, analfabetos, desempregados.⁹

A criminalização terciária ou interacionismo simbólico, significa que existem agentes estigmatizantes que vão desde o mercado de trabalho até o próprio sistema penitenciário que rotula o indivíduo, ou seja, a manutenção do estigma de "criminoso" atribuído àqueles rotulados como tal, passando pela internalização desse rótulo pelo próprio indivíduo.

Ferrajoli traz três questões no que se refere à justificação do direito penal: a) justificação do direito de punir; b) justificação das opções que guiam a definição dos

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.25

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.72-76.

⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Dirieto penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p.43

pressupostos das penas e dos feitos definidos como crime e c) justificação das formas e procedimentos de investigação dos delitos e aplicação das penas, ou seja, do processo penal.

Dessas três questões, surgem quatro perguntas básicas, cujas respostas o autor considera de imediata relevância para a construção dos sistemas penais. Tais perguntas dizem respeito à admissibilidade, à finalidade, aos pressupostos e às formas de proibir, de julgar e de castigar, trata-se do "se", "por que", "quando" e "como".

A fim de responder tais perguntas é feita uma diferenciação - entre normas "válidas", "vigentes" e "eficazes" - nominada por Ferrajoli como "juspositivismo dogmático". Nesse sentido, a validade da lei não pode ser verificada apenas pela obediência às formas procedimentais, mesmo que previamente estabelecidas por uma lei superior, caracterizando-se somente a vigência da referida norma.

Apesar de o preceito precisar estar vinculado ao conteúdo das leis superiores do mesmo ordenamento jurídico para ser considerada válida, na proposta garantista, a mera formalidade da norma não é o bastante para caracterizar sua validade, fazendo-se necessária a análise do seu conteúdo, além dos critérios formais, a fim de validá-la. Apesar da dogmática tradição tentar impor a validade da norma apenas à sua conformidade com leis hierarquicamente superiores, nota-se que esta linha de pensamento não é amparada pela proposta garantista.¹⁰

Quando o autor aborda a questão da validade e da efetividade tem como escopo definir que é através da discussão, da crítica, da reflexão sobre as mesmas que se define um direito garantista, já que é a partir da validade da norma que se possibilita efetivamente a garantia aos sujeitos de direito de todos os direitos fundamentais existentes. O doutrinador entende que o garantismo tem por objetivo fazer com que o legitimado exija dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes.¹¹

Portanto, uma leitura genuinamente garantista não comporta, na dicção de Ingo Sarlet, os extremos do abolicionismo ou da intolerável "tolerância zero" que será visto mais adiante, porque sua fundamentação teórica reside na positividade dos direitos fundamentais enquanto informados pelo princípio da proporcionalidade, a indicar os limites da abstenção (proibição de excesso) ou da intervenção estatal (proibição de proteção deficiente) entre os

¹⁰ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 198-200.

¹¹ *Idem*, p.687.

quais deve operar o Poder Público.¹²

Conclui que sua teoria possui um alcance filosófico geral, e não exclusivamente penal. Conforme explica o autor, os elementos fornecidos são capazes de delinear uma teoria geral do garantismo, o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito. Somente reconhecendo a divergência entre normatividade e efetividade, segundo o autor, é que se conseguirá emitir corretamente análises dos fenômenos jurídicos, evitando dúplice falácia – naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores, ou dos valores como fatos. Tal divergência, contudo, diz Ferrajoli, é insuperável, já que ligada à estrutura deôntica das normas. Em suas palavras:

"A divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado.

E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e crítica interna e externa das antinomias e das lacunas – jurídicas e políticas – que permitem revelar."¹³

Pressupõe-se, para a efetivação metodológica e a aplicação do garantismo, uma separação entre direito e moral, entre ser e dever ser. Tal separação pode ser objeto privilegiado de investigação de análise jurídica – e metajurídica – relação entre direito e valores ético-políticos externos; jurídica – relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e aplicações; sociológica – entre direito no seu conjunto de práticas efetivas. Nesse sentido, a teoria geral do garantismo abordada busca a aplicação da teoria no caso concreto, a aplicação rigorosa dos princípios e garantias no mundo fático, criticando a

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth, *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 207.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 786.

disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais do homem. O objetivo buscado ao incorporar limitações e imposições normativas de atuação do Estado é que estes se aproximem do real "Estado de Direito", com o propósito de se tornar um sistema efetivo de garantias para o cidadão.¹⁴

Pode-se concluir, então, que o garantismo penal é uma forma de defesa social praticada e focada na proteção do próprio autor da conduta desviante. Busca-se um sistema penal que, além de prevenir os delitos, previna a reação excessiva da sociedade e proteja o cidadão de uma punição além do ato cometido, mantendo uma funcionalidade de ressocialização do indivíduo a partir de uma reformulação do sistema penal.

1.2. O Garantismo no Brasil

No intuito de entender melhor como o garantismo chegou ao Brasil, quais as circunstâncias que o rodeiam e também a evolução do país e da legislação ao se tornar um Estado Democrático de Direito, convém apresentar um breve relato histórico acerca dos códigos penais brasileiros e suas estruturações, bem como uma análise acerca do objetivo do direito penal na sociedade.

Em 1822, depois de trezentos e vinte e dois anos como colônia, o Brasil conquistou sua independência de Portugal. Em 1830, o Brasil teve o primeiro código penal autônomo das Américas, operado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, denominado Código Criminal do Império do Brasil. Este foi o primeiro Código surgido após a proclamação da Independência e foi elaborado em decorrência da redação do artigo 179, parágrafo 18, da Constituição política de 1824, que previa o quanto antes a organização de um Código Criminal.¹⁵

Uma das novidades implementadas no Código Criminal de 1830 foi possibilidade de trabalhar enquanto cumprindo a pena de prisão, introduzindo uma nova concepção em termos de punição. Contudo, o código ainda implementava formas de punição hoje consideradas arcaicas, como a pena de morte, as galés, ou seja, trabalhos forçados e a prisão

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 789.

¹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

em caráter perpétuo.¹⁶

Com o surgimento da República, o Conselheiro João Batista Pereira, que estava encarregado desde o último ano do Império de fazer a reforma do então vigente Código Criminal, em razão da abolição da escravatura, foi mantido pelo Ministro da Justiça Campos Sales, nessa atribuição de elaborar um projeto de Código Penal, para ocupar lugar do antigo Código de 1830, símbolo de um período que precisaria ser rapidamente esquecido naquele momento.¹⁷

Três meses depois, finalizou-se o trabalho, e após passar por uma comissão revisora instituída pelo Ministro da Justiça, o Código Penal foi aprovado por meio do Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, antes mesmo da Constituição da República de 1891.¹⁸

O Código Penal de 1890 foi um retrato da preocupação das elites republicanas em viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem. Esperava-se que o Código Penal de 1890 consolidasse os valores políticos e sociais do novo regime e ainda respondesse às novas necessidades de controle social colocadas pelas transformações da sociedade. Mas, segundo os autores Luiz Antônio F. Souza, Fernando Afonso Salla e Marcos César Alvarez, o Código não foi capaz de responder às novas dificuldades que surgiram com as transformações sociais e políticas do período republicano.¹⁹

Por muito tempo as idéias de reformas ficaram sem êxito, e o Código foi crescendo de alterações e aditamentos, para sanar-lhe os defeitos e completá-lo às novas condições práticas. A fim de sistematizar essas normas complementares, o desembargador Vicente Piragibe criou a chamada Consolidação da Leis Penais, oficializado por meio de decreto no dia catorze de dezembro de 1932.²⁰

“Os estudos da comissão, entretanto, continuaram, sob a presidência do Ministro Francisco Campos; concluindo com o projeto definitivo,

¹⁶ Brasil. Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

¹⁷ SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13

¹⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

¹⁹ SOUZA, Luiz Antônio F. de; SALLA, Fernando Afonso; ALVAREZ, Marcos César. *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências na primeira República*. Justiça e História, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003.

²⁰ Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22213-14-dezembro-1932-516919-publicacaooriginal-1-pe.html>

apresentado ao governo em 4 de novembro de 1940 e sancionado como Código Penal pelo Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro do mesmo ano, porém só entrando em vigor no dia 1° de janeiro de 1942.

Ficou decidido excluir do corpo do Código as contravenções, que passaram a ser objeto de lei à parte, embora não exista diversidade ontológica entre crime e contravenção.

A responsabilidade penal continua a ter como fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique condicionada à plenitude do estado de imputabilidade psíquica, prescinde de sua coexistência com a conduta, desde que esta possa ser considerada libera in causa ou ad libertatem relata.

Na aplicação da pena, o Código dá ao juiz um grande poder de apreciação, não só em relação ao quantum da pena, mas em determinados casos, o Código lhe confere a escolha entre as penas alternativamente cominadas, a faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécie diversa e mesmo de deixar de aplicá-las.’’²¹

As mudanças proporcionadas pela reforma de 1940 significaram um grande avanço nos ideais garantistas no país para autores como Cleber Masson, ideais que, até então, tinham pouca expressão em comparação com as normas vigentes em outros países, principalmente com a inclusão de penas alternativas à já existente pena de prisão e possibilidade de pagar o que passou a ser chamado de “dias-multa”.²²

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt, apesar das reformas do Código de 1940 terem buscado a inclusão de uma visão garantista em sua redação, ela ainda tem como modelo as teorias clássicas, da era absolutista, da pena e é sobre essa visão garantista que surge esta nova realidade cujo objetivo é a preservação de direitos constitucionalmente definidos, que surge uma preocupação com o indivíduo criminoso e suas garantias como cidadão, independente do ato delitivo praticado.²³

Em Julho de 1984, o Código Penal passou por uma reforma devido às críticas que recebia pela "dupla penalização" do agente submetido à pena criminal e a medida de segurança, tendo a reforma abolido essa dupla pena e sendo o agente submetido a apenas uma

²¹ CUANO, Rodrigo Pereira; CUANO, Rodrigo Pereira. *História do Direito Penal Brasileiro*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 06 de jun. de 2001.

Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/884/historia_do_direito_penal_brasileiro >. Acesso em: 21 de fev. de 2017.

²² MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático – Parte Geral. V. 1*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 65-67.

²³ BITTENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011., p. 37-38.

das penas, ficando a medida de segurança exclusiva aos inimputáveis.²⁴

René Ariel Dotti afirma que “o Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas idéias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais”. Nesse sentido, a reforma demonstrou e implementou, além da mudança das medidas de segurança, uma repulsa à ideia da pena de morte, a preservação da pena privativa de liberdade, a inclusão de penas de caráter patrimonial e a extinção das penas acessórias.²⁵

Passada a abordagem histórica, tem-se, no ordenamento jurídico brasileiro atual, a Constituição como ápice, que possui um grau de hierarquia superior às demais fontes do direito. Por esse motivo, cabe à ela fornecer preceitos jurídicos-penais de maior relevância e criar as diretrizes básicas das leis criminais, tornando ineficaz qualquer norma penal que entre em conflito com o que fora determinado pela Constituição.²⁶

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 contemplou normas de natureza penal. Kazmierczak destaca a constitucionalização de temas já consagrados no Código Penal de 1940, tendo como exemplo o princípio da legalidade e da possibilidade de retroatividade da pena em casos benéficos para o réu. A Constituição também trata de assuntos como a individualização da pena e a proibição de penas como: a pena de morte, o banimento, penas de caráter perpétuo e de trabalhos, ou seja, pena de caráter cruel. O autor afirma que hoje não pode ser negada a verdadeira constitucionalização do direito penal, "não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à normal sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988".²⁷

O autor afirma que o sistema penal brasileiro está traçado na legalidade estrita, ou seja, a lei como a principal fonte brasileira e isso impossibilita uma forma de solucionar conflitos que não estejam presentes na legislação vigente. Como exemplo da busca de uma resolução para esse problema, a Lei 9.099, de 1995, "trouxe o consenso e a composição como

²⁴ LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. *Teoria e prática da execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.161

²⁵ DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. ISBN 85-203-1632-8, p.93

²⁶ MÉDICI, Sergio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

²⁷ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Conceito de Delito à Luz da Constituição Federal de 1988*. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho/PR, 2009, p. 19

formas de solução da lide penal, bem como modos de aplicação imediata da pena, como a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo.”²⁸

O autor também menciona o surgimento da justiça restaurativa como novo paradigma punitivo. A ideia e implementação dos juizados especiais criminais modificou de forma drástica o cenário processual brasileiro, tamanha foram as mudanças e inovações que vieram das normas que o regulamentaram.²⁹

O artigo 2º, da referida lei, prevê que o processo deverá ser orientado pelos critérios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Sobre este dispositivo legal, o autor afirma que: “o que se desprende desse dispositivo legal, desde logo, é não só uma nova e revolucionária forma de realizar o valor ‘justiça’, senão, sobretudo, que a ‘conciliação’ (gênero) não é exatamente a mesma coisa que ‘transação’ (espécie).”³⁰

Pode-se observar que, conforme preceitua o garantismo, busca-se uma maior proteção aos direitos do cidadão e exige-se uma gravidade superior para que estes direitos sejam mitigados. Percebe-se nesse instituto uma tentativa de tirar a pena privativa de liberdade como único recurso do sistema penal a fim de punir o indivíduo que praticou uma conduta delitiva, possibilitando a aplicação de outro tipo de pena com a reparação dos danos sofridos pela vítima.

O foco dessas medidas são os crimes delimitados no artigo 61, os crimes de menor potencial ofensivo, que teve modificações trazidas pela Lei 11.343/2006, que considera as contravenções penais e os crimes a que a lei defina pena máxima não superior a dois anos, podendo ser cumulado ou com multa.

A Lei 11.343/2006, em seu artigo 28, inovou o tratamento penal para aqueles considerados usuários de drogas, diminuindo o caráter punitivo. O anterior artigo 16, da Lei 6.368/76, reprimia igual conduta, com uma pena de detenção, de seis meses a dois anos, além do pagamento de multa, para aquele que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para uso

²⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Conceito de Delito à Luz da Constituição Federal de 1988*. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho/PR, 2009, p. 101-103.

²⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um Sistema Penal Não Excludente: Uma Releitura Constitucional do Direito Penal*. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP, Jacarezinho/PR, 2009, p. 103.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Plabos de Molina. *Criminologia: Introdução e Seus Fundamentos Teóricos: Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.509

próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.³¹

Agora dispõe o artigo 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, o seguinte:

"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas

II - prestação de serviços à comunidade

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."³²

Como observado, este tipo penal pune o infrator somente com penas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), oferecendo opções eficazes à pena privativa de liberdade.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes, a lei traz discussões e polêmicas acerca do posicionamento do legislador, especialmente quanto ao entendimento em relação ao usuário e dependente. O autor afirma que se as penas cominadas para a posse de droga, consumo pessoal, são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”. O artigo 28 da lei, conseqüentemente, contempla uma infração *sui generis*, manifestando-se no sentido de que houve uma descriminalização penal, uma *abolitio criminis*, porém, sem a concomitante legalização.³³

É notável a diferença de tratamento do usuário de drogas que passa a ser tratado como uma pessoa doente, dependente, e não mais como criminoso, buscando-se meios alternativos à pena restritiva de liberdade e buscando, de logo, medidas educativas para os comportamentos de dependências ou toxicomanias.

No segmento de diminuir a aplicação do direito penal em casos em que este não seria necessário, uma das mudanças inovadoras trazidas no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo é a possibilidade da composição civil, podendo o infrator reparar os danos provocados por ele, havendo a composição dos danos civis e extinguindo-se, assim, a

³¹ Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm

³² Lei Nº 11.343, DE 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

³³ GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 118-119.

punibilidade do agente. (Artigo 107, V, do Código Penal).

Não há como negar uma modificação na ideologia aplicada pelo legislador, passando de uma ideologia que tinha como principal foco a mera punição com o máximo de rigidez possível da lei penal, chegando ao consenso trazido pela composição da vítima. Há também uma maior preocupação com a vítima e uma potencial compensação pelo dano sofrido e não a mera punição e limitação dos direitos daquele que ocasionou o dano.

1.3. O Princípio da Legalidade no Modelo Garantista

Cesare Beccaria, assevera sobre a importância da lei escrita, afirmando que seria impossível conceber uma sociedade com uma norma fixa de governo, no qual o poder é investido como um todo e não parcialmente e onde a vontade do povo não seja capaz de alterar as leis, mesmo que corrompida pela força de interesses privados.. Afirma que, uma vez fixada a norma, o magistrado deve segui-la em sua literalidade, não sendo aceitável instabilidade de interpretações, cabendo ao juiz apenas determinar se uma ação está ou não em conformidade com a lei.³⁴

O autor afirma que é desta forma que os cidadãos obtêm segurança e propriedade, podendo calcular exatamente as inconveniências de cada delito. Para o autor esta é a forma necessária para se conter atos de tirania, fornecendo, assim, algum tipo de garantia, liberdade e independência aos súditos.³⁵

A soberania de uma nação, segundo Beccaria, é constituída pela soma de todas as porções da liberdade individual que foi depositada na mão do soberano, nesse caso representado pelo Estado, e este exerce a função de seu administrador legal. As leis são as condições sob as quais os homens unem-se em sociedade, por tal motivo qualquer ato de autoridade de um homem sobre o outro que não derive da mais absoluta necessidade, ou seja, da determinação da lei é tirânico.³⁶

A legalidade é um ponto central do modelo garantista cuja teoria é formulada a partir de 10 (dez) princípios que tem por objetivo preceituar a pena, o delito e o processo

³⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Book, 2012. p.19-20

³⁵ *Idem*, p. 20

³⁶ *Idem*, p.13

penal como um todo. Estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas são, respectivamente: 1)Princípio da Retroatividade ou da consequencialidade da pena em razão do delito ; 2) Princípio da Legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) Princípio da Necessidade ou da economia do direito penal; 4) Princípio de Lesividade ou da ofensividade do evento; 5) Princípio da Materialidade ou da exterioridade da ação, 6) Princípio da Culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, 7) Princípio da Jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusados; 9) Princípio do Ônus da Prova ou da verificação; 10) Princípio do Contraditório ou da Ampla Defesa, ou da falseabilidade.³⁷

Estes princípios estão reunidos de tal forma que permita a que a intervenção estatal seja condicionada e vinculada às formas materiais dos direitos fundamentais previstas constitucionalmente, ou seja, são conectados de forma sistemática para tal. O autor os denomina "axiomas garantistas", sendo que a partir da observação dessas propostas descritas é possível conceitualizar os graus de garantismo de cada um dos sistemas penais, ou seja, quanto mais proposições são respeitadas pelo sistema penal sob análise, mais alto é seu grau de garantismo, no entanto, somente se organizados e conectados sistematicamente, esses axiomas funcionarão como um modelo que impõe limite no direito de punir do Estado.

Com este rol de princípios, forma-se a Teoria do Garantismo Penal, como e quando punir; quando e como proibir; quando e como julgar. Estes princípios expressam "o modelo garantista de direito e de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do Direito Penal".³⁸

A respeito dos princípios, Eros Grau assim discorre: "norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios - entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito" Com base no exposto, expressos ou resultantes de uma interpretação teleológica, "os princípios firmam norma jurídica para todos os efeitos".³⁹

Segundo Zagrebelsky, não há conceitos absolutos, devendo os princípios de uma constituição conviver em harmonia com as regras positivadas. "Não se pode admitir que as

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91

³⁸ *Idem*, p. 95.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

constituições sejam rígidas em seus valores e princípios", posto que ambos devem buscar a completude do ordenamento e ter vida junto aos outros.⁴⁰

O autor fundamenta sua teoria tendo por base o princípio da legalidade e, dentre todos os outros princípios mencionados, ressalta-se este em razão da repercussão e aplicabilidade no estudo de caso do Habeas Corpus 126.929, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki a ser abordado neste trabalho.

O princípio da legalidade possui requisitos formal e material. De acordo com a exigência meramente formal, a criação da "lei penalizadora" deve derivar do poder competente, ou seja, do Poder Legislativo. Tendo por base um ponto de vista meramente formal, o processo legislativo a ser seguido deve ser formalmente aquele previsto na Carta Magna. Já o requisito material afirma que a lei deve se estabelecer dentro da razoabilidade, devendo o legislador respeitar as demais garantias constitucionais e, além disso, afirma que apenas condutas penalmente relevantes devem ser de fato proibidas, sob o risco de desprezar a individualidade do cidadão e suas garantias.⁴¹

O autor diferencia a legalidade ampla da legalidade estrita. A legalidade ampla trata a lei como "pressuposto da pena e do delito", descrevendo os atos a serem protegidos pelo direito penal e que determinando que apenas a norma jurídica pode resultar na aplicação de uma punição para o indivíduo que possa vir a praticar aquela prática proibida. Nesse sentido, apenas a norma tipificada é capaz de culminar sanção e estipular quais as práticas que irão gerar responsabilidade penal para os indivíduos.

O inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição Federal estatui que: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." O princípio da legalidade constitui um avanço em relação às primeiras codificações que estabeleciam que as penas fossem arbitrárias e deliberadamente cominadas pelo magistrado. O réu, antes de ter sua sentença transitada em julgado, deve ter ciência do crime que cometeu."Só pode alguém receber uma resposta penal, uma pena criminal, se o fato que praticou estivesse, anteriormente, proibido por uma lei sob a ameaça da pena."⁴²

Já a legalidade estrita determinada que, para estipular determinada conduta como

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. 1995. p.109

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; De Molina, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. 2 tiragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.34-35.

⁴² TELES, Ney Moura. "*Direito Penal: volume um Parte Geral*" Editora de Direito, 1996, p. 73.

conduta criminosa, é necessário respeitar todos os demais princípios garantistas, ou seja, o legislador está condicionado aos demais princípios constitucionais. Pode-se dizer que a legalidade estrita está relacionada a todos os demais princípios garantistas, em outras palavras, a fim de atingir o seu aperfeiçoamento o princípio da legalidade deve estar de acordo com todos os outros axiomas do garantismo penal.

É possível verificar que a legalidade ampla e estrita são dirigidas a agentes distintos. A legalidade ampla é dirigida àquele que aplica a lei, ou seja, o magistrado, enquanto a legalidade estrita tem por objetivo atingir o legislador que deve seguir os preceitos garantistas ao criar a norma.⁴³

"A legalidade estrita e a estrita jurisdicionariade estão concatenadas, sendo a primeira, conforme já exposto, pressuposto da segunda, pois o juiz comprova ou prova que realmente ocorreu o delito – por intermédio do processo penal – somente o que estiver taxativamente descrito na lei com crime."⁴⁴

Ainda nesse sentido, o princípio da legalidade ampla configura um "princípio geral de direito público" ao conceber as condições de existência e vigência da lei penal, enquanto o princípio em sua modalidade estrita busca validar a lei, seu conteúdo e a forma da sua aplicação.⁴⁵

Como demonstrado, o princípio da legalidade busca uma garantia à estrutura das leis penais, "sendo o que diferencia o direito penal no Estado 'de direito' do direito penal dos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei"⁴⁶

Ferrajoli faz uma relação do princípio da legalidade, tanto ampla como estrita, com outras duas garantias específicas, a fim de atingir o resultado de um direito penal mínimo. Estes são: 1) a irretroatividade das leis penais e 2) a proibição em interpretar de forma analógica a lei penal.

A irretroatividade das leis penais deriva da legalidade ampla, onde a norma penal

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.92-93

⁴⁴ ALBUQUERQUE, Lucas Palhano. *Garantismo Penal: A retroatividade da Norma Processual Penal*, 2010. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/242/3/20553341.pdf>>. Acesso: 20 de outubro de 2016.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 350.

⁴⁶ *Idem*, p. 351.

só pode ser aplicada a partir de sua vigência, ou seja, não pode punir condutas tipificadas praticadas em data anterior à sua validade - "*nullum crimen sine praevia lege poenal*". Segundo Ferrajoli: "Está claro que a 'lei prévia' exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova."⁴⁷

Derivado do princípio da legalidade estrita, há a proibição de utilizar analogias ao interpretar as normas penais. Nesse sentido:

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada "analogia antecipada".⁴⁸

Importante ressaltar que, da mesma forma que na irretroatividade das penas, o interesse do acusado preleva-se, ou seja, não há ofensa ao princípio da legalidade estrita ou à sua aplicação se a analogia aplicada não trazer consequências negativas ao réu que está sendo julgado em um processo criminal, devendo esta ser utilizada apenas em interpretação benéfica para o acusado. Nesse sentido, pode-se afirmar que a analogia, em regra, é inaceitável diante do princípio da legalidade estrita, podendo, contudo, ser utilizada como exceção nos casos em que sua aplicação tenha por objetivo beneficiar o réu.

Define o princípio da mera legalidade:

"O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena nullum crimen sine lege*, como norma de conhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, que chamarei de primeiro postulado do positivismo jurídico: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito (e não também o que é pecado)[...]

Da mesma forma que o princípio de mera legalidade, também o princípio de estrita legalidade, que opera consoante a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno* etc., como norma de reconhecimento de todas as leis penais formuladas

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 351

⁴⁸ *Idem*, p. 351.

validamente e só destas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, a qual poderíamos chamar de segundo postulado do positivismo jurídico: mais precisamente, na medida em que condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras de delito que elas definem, equivale a uma regra semântica acerca das condições de uso da palavra 'verdadeiro', não só na prática penal, mas, da mesma forma, na ciência jurídica."⁴⁹

Completa o autor:

"O resultado político destas duas confusões opostas é o mesmo: a legitimação externa conferida acriticamente aos conteúdos substanciais do direito positivo, seja considerando-os válidos também porque são substancialmente justos, seja considerando-os justos somente porque são formalmente válidos".⁵⁰

O autor esclarece que o rol dos axiomas garantistas do modelo não é exaustivo, pois pode surgir uma quantidade inumerável de outros axiomas, deduzidos dos dez que sugere. Outrossim, segundo Ferrajoli, na prática o que ocorre é a mitigação de certos axiomas garantistas, pois muitas dessas garantias pressupõem outras.⁵¹

Tal conceito é importante para o estudo de caso que será abordado no próximo capítulo e a discussão se há de fato algum limite à interpretação dos magistrados acerca do ordenamento jurídico e a possibilidade de o judiciário se portar como legislador ao sentenciar contrariando a legislação vigente, motivo pelo qual, destaca-se dos outros princípios.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 344.

⁵⁰ *Idem*, p. 344.

⁵¹ *Idem*, p. 95

2. O ANTIGARANTISMO

Na busca por alternativas ao problema da criminalidade, o antigarantismo defende que as garantias resguardadas ao criminoso são excessivas e acabam por beneficiá-lo ao ponto de criar a impunidade e um grande aumento da criminalidade, uma vez que impede que paguem pelos crimes cometidos.

Coutinho⁵² aponta que a "eficiência é a garantia do melhor resultado" e, ao se falar de direito penal, a exclusão social torna-se o resultado. Aquele que comete conduta criminosa e é excluído da sociedade deve ter sua pena aplicada ao seu máximo rigor e ser objeto de ações que correspondem à exclusão jurídica. Cria-se, então, uma discussão acerca da necessidade de fazer com que o sistema penal se torne cada vez mais célere e eficaz. Nesse sentido, em suas palavras:

“[...] a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar) [...] Não que o tempo do direito esteja completamente correto. Há muito que evoluir na comunicação dos atos processuais e na simplificação de toda complexa malha burocrática que rodeia o processo, e que parece propositalmente alimentada para esconder as deficiências materiais e pessoais do Estado. Sem dúvida que o panorama atual é caótico e exige profundas modificações, a começar pelo ingresso nos foros de uma (pequena) parcela da moderna tecnologia que temos a disposição”.

Em respostas à teoria do direito penal mínimo defendida pelo garantismo, ou seja, de que o direito penal só deve ser usado em última instância, o antigarantismo busca a eficácia do sistema penal em detrimento das ditas "excessivas" garantias dada ao agente da conduta desviante. Busca-se uma solução imediata para o problema de segurança que a sociedade, representada pelos mais afortunados, enfrenta.

De acordo com Nucci⁵³, o Direito Penal Máximo é um modelo caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltadas à garantia de que nenhum culpado fique impune. Por qualquer tipo de infração penal praticada, o agente deve ser punido severamente, com a finalidade de servir de exemplo para

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. WUNDERLICH, Alexandre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-147

⁵³ NUCCI, G. S. *Manual de direito penal: Parte geral e parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

os demais, buscando evitar que o indivíduo possa cometer delitos mais graves.

Com a justificativa de responder à pressão da sociedade, cada vez mais assustada com o nível da criminalidade, aumenta-se a força estatal, passando a exercer maior controle penal e, conseqüentemente, criando mais condutas tipificadas, aumentando sua rigidez a diminuindo os direitos e garantias do indivíduo. Seguindo esta linha de raciocínio, é possível chegar até a um "Direito Penal do Inimigo" que busca conter a criminalidade às custas dos direitos garantistas.⁵⁴

Zaffaroni entende que a concepção do Direito Penal do Inimigo é mais antiga do que se imagina, afirmando que esse já existia desde a época de Aristóteles e Platão, e sendo aplicado como medida de emergência, contra os inimigos, que normalmente eram os estrangeiros. Sendo sua forma inicial dotada de uma característica administrativa e não de Direito Penal.⁵⁵

A principal finalidade do Direito Penal do Inimigo é a segurança cognitiva, uma vez que este não se preocupa em manter a ordem pública, mas demonstrar para toda a sociedade, através da exclusão de certos indivíduos, que o Estado é capaz de combater a criminalidade. De acordo com Martín:

"O Direito Penal do Inimigo é a disciplina jurídica da exclusão dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas, e, conceitualmente, vislumbra uma guerra cujo alcance, limitado ou total depende do que se possa temer em relação a eles".⁵⁶

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista. Deste modo, o indivíduo que não entre nos moldes de cidadão perante a sociedade, não poderá desfrutar das vantagens do seu conceito.⁵⁷

No conceito de Greco, este modelo de direito penal só pode ser considerado legítimo como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de

⁵⁴ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 862, p.429-442, ago. 2007, p.443

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 83-84.

⁵⁶ MARTÍN, L. G. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

⁵⁷ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 94

contaminação.⁵⁸

Este modelo de Direito Penal recebeu inúmeras críticas e questionamentos, sobretudo com relação ao aspecto garantístico do Estado Democrático de Direito, o qual norteia o Direito Penal.

2.1. O Movimento Lei e Ordem

Buscando aplicar conhecimentos obtidos na prática sobre o crime e a criminalidade, apresentando outras formas de lidar com a política criminal e estabelecendo programas com base em uma perspectiva diferente da proposta garantista, surge o Movimento de Lei e Ordem tendo como seu criador o alemão Ralf Dan Dahrendorf. Elaborado na década de 70 nos Estados Unidos e com a ideia de total repressão e rigor das leis penais, o movimento ganhou adeptos e permanece até os dias atuais. “A pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos.”⁵⁹

Nas palavras de Aury Lopes Jr., o Movimento de Lei e Ordem é:

“(…) a mais clara manifestação penal do modelo neoliberal. Prega[m] a supremacia estatal e legal em franco detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais. O Brasil já foi contaminado por esse modelo repressivista há mais de 10 anos, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na era da escuridão, na ideologia do repressivismo saneador”.⁶⁰

Segundo entendimento de Damásio de Jesus, o movimento surgiu diante da falta de capacidade do Estado em promover de forma eficaz a segurança dos cidadãos. Trata-se, assim, de uma "expressão estereotipada" que tem por base um pensamento imediatista e da "sociedade de risco".⁶¹

O movimento defende uma aplicação mais severa mesmo para crimes de menor potencial ofensivo e até perturbações em locais públicos sob o argumento de que isso iria prevenir o cometimento de condutas delituosas mais graves, estabelecendo, assim, um clima

⁵⁸ GRECO, Luís. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 56. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, p. 81-87

⁵⁹ NETO, João Baptista Nogueira. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica*. p. 33

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*.

⁶¹ GRACIA MARTIN, Luis. *Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo*. Lima: IDEMSA, 2007. p. 45

saudável onde a lei a ordem são preservados ao demonstrar a máxima repressão e autoridade estatal. Em outras palavras: “prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei.”⁶²

De acordo com Damásio de Jesus, o movimento divide a sociedade em dois setores: o primeiro grupo é composto das que são chamadas "pessoas de bem" e ditas "merecedoras de proteção legal"; o segundo de pessoas más, marginais, aos quais se endereça o direito penal em seu máximo rigor. Esse é o resultado de um pensamento já enraizado de que o Direito Penal tem a capacidade de resolver todos os males da sociedade, criando definições de novos conflitos e agravando as penas comunadas aos já descritos, tendo como destinatários os delinquentes.⁶³

Conforme exposto, há o setor de pessoas saudáveis, que jamais praticariam qualquer conduta delituosa, e há o setor de pessoas doentes que praticam crimes, por este motivo é dever do Estado separar os saudáveis dos doentes para que as pessoas corretas não sejam contaminadas. Declara-se, então, uma guerra ao grupo nocivo buscando erradicar a criminalidade de uma vez por todas.⁶⁴

Diante dos discursos acalorados e populistas, há a predominância de uma política criminal radical, da rigidez da pena, de uma execução mais grave e de um maior rol de condutas tipificadas sem qualquer preocupação em relação aos direitos e garantias fundamentais. Afasta-se a ressocialização do infrator e concreta-se no mero afastamento do indivíduo do convívio com a sociedade.

Buscando recompor uma sociedade fundada na lei a na ordem, o movimento apoia uma maior força dada à "máquina repressiva" do Estado e a eliminação de quaisquer garantias processuais concedidas a fim de assistir o indivíduo criminoso. Para se obter esta maior eficácia é necessária a intensificação das penas aplicadas aos tipos penais já existentes, além da criação de novos tipos penais.⁶⁵

Araújo Junior e Roberto Marcello de Lyra elencam os pontos de sustentação adotados por tal política criminal, a saber:

⁶² WACQUANT, Loïc. *Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, p. 228-251, 2004, p. 244.

⁶³ JESUS, Damásio E. de. *Sistema Penal Brasileiro: execução das penas no Brasil*.

⁶⁴ SANTOS, Simone Moraes dos. *A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos*. p.1

⁶⁵ CARDOSO, Lílían Cláudia de Souza. *Lei e Ordem - "A Máscara de Ferro" que Agrava os Erros do Sistema Penal*. (p. 1)

"a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina "retribuição jurídica"; b) os chamados delitos graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração); c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados; d) o âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito; e) deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e o menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias".⁶⁶

Os adeptos do Movimento e Lei e Ordem vêm neste a única resposta possível para diminuir a intensa onda de criminalidade nos grandes centros urbanos e diminuir a prática de crimes como terrorismo, homicídio, roubo e tráfico. Para eles, a melhor solução é a aplicação de penas cada vez mais severas e, se possível, aplicar penas de caráter perpétuo ou até a pena de morte. Busca-se atingir um sentimento de "justiça" pelo que foi feito com a vítima.

Nas palavras de Lóic Wacquant, o sistema de Lei e Ordem surgiu não com o intenção de diminuir os números da criminalidade, mas de conter a insegurança gerada entre as classes mais abastadas da sociedade, retirando aqueles que não se encaixavam nos moldes pré-determinados e punindo severamente crimes menores tais como embriaguez, a jogatina, a medicância.⁶⁷

Tendo como principal alicerce a punição social, o Direito Penal deixa de ser uma ferramenta usada em último recurso e passa a ser considerada a ferramenta principal para combater o crime. Sob uma ótica antiguarantista, a aplicação máxima do direito penal somado com uma maior rigidez por parte dos seus aplicadores são medidas eficazes contra a criminalidade.

Destarte, a aplicação da Política de Lei e de Ordem como arma contra a criminalidade acaba por desviar da crise do Sistema Penal e corroborar com a violência já presente na sociedade. Já dizia Beccaria que "não é a crueldade das penas um dos maiores freios dos delitos, senão a infalibilidade delas ... a certeza do castigo, ainda que moderado, causará sempre maior impressão que o temor de outro castigo mais terrível mas que aparece unido com a esperança da impunidade".⁶⁸

⁶⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João; Marcello de LYRA, Roberto. *Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1990. p. 25

⁶⁷ WACQUANT, Lóic. *As prisões da miséria*. Zahar Editor. 2001. Rio de Janeiro – RJ. p. 17.

⁶⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Book, 2012, p.22

Diante deste direito penal voltado a um controle da sociedade, surge a política de Tolerância Zero nos Estados Unidos, e inicia-se uma luta contra moradores de rua, jovens que picham as cidades e os chamados "quebradores de vidraças", membros de um segmento da criminalidade que, segundo os adeptos do movimento, atinge drasticamente a sociedade mas não é alcançada pelas normas penais.⁶⁹

Com um cenário de insegurança e instabilidade social, de discriminação e pobreza, os movimentos repressivistas atingiram seu auge quando instaurada a política de Tolerância Zero criada pelo prefeito Rudolph Giuliani e aplicada inicialmente na cidade de Nova Iorque nos Estados Unidos no ano de 1993. Um estudo desenvolvido pelos cientistas políticos americanos James Q. Wilson e George Kelling desenvolveu um estudo que ficou conhecido como "a teoria das vidraças quebradas".⁷⁰

O termo "vidraças quebradas", ou "janelas quebradas", foi cunhado pelos cientistas políticos em um artigo denominado "Broken Windows" publicado na revista *The Atlantic* em março de 1982 e teve um maior alcance ao se tornar um livro com o nome de "Fixing Broken Windows" publicado em 1996 de autoria do próprio George Kelling e da pesquisadora Catherine Coles. Com o objetivo de dar respostas à população, os pesquisadores rejeitam as teorias garantidas e de proteção do acusado que haviam surgido por volta da década de 1960 nos Estados Unidos. Os autores culpam condutas demasiadas permissivas por parte do Estado pelo aumento de práticas delitivas e nocivas à sociedade.⁷¹

A teoria afirma que, ao se quebrar uma vidraça em um prédio e não se fazer nada para consertá-la, acaba-se promovendo que as demais também o sejam. Primeiramente, alguém quebraria uma vidraça em um prédio. A seguir, nada seria feito para puni-lo nem para consertar a vidraça quebrada. Os próximos passantes pelo local sentir-se-iam compelidos a repetir o ato, de forma que, ao final, as demais vidraças do prédio, também, acabariam quebradas. O ato criminoso de um cidadão influenciaria atos seguintes de outros, ao não haver punição. Essa teoria justifica que se reprima o crime tão logo ele aconteça, a fim de que outros crimes piores não acabem acontecendo.⁷²

⁶⁹ PASSETTI, Edson. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Artigo publicado na Scielo, São Paulo jul/set, 1999 vol. 13 n° 3.

⁷⁰ KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. First Touchstone Edition. 1997

⁷¹ *Idem*.

⁷² OLIVEIRA, Aparecida do Carmo Prezotti de. *Teoria das janelas quebradas*. Revista Vinna Jr. mar. de 2014.

Nesse segmento, apoiam a proibição e severa punição imediata dos crimes de menor potencial ofensivo praticados nas ruas e a aplicação da tolerância zero para qualquer tipo de violação da norma a fim de coibir outros a praticarem condutas delitivas mais graves e restabelecer o caráter social esperado. Ou seja, prender o menor infrator para evitar as infrações maiores.

A modalidade de policiamento denominada "Tolerância Zero" foi posta à prática pelo então prefeito da cidade de Nova Iorque Rudolph Giuliani no início da década de 1990. Inspirado no estudo de Wilson e Kelling e sua teoria, colocou em prática os preceitos de reprimir com total rigor da lei qualquer desvio de comportamento por parte dos cidadãos.⁷³

A política de Tolerância Zero não envolve apenas a força policial, mas abrange o sistema penal como um todo e todos os órgãos que o integram, defendendo que não existe conduta ilícita irrelevante, uma vez que todas elas são passíveis de sanção penal e devem ser combatidas com o máximo rigor estatal, com penas mais longas e sem possibilidades de benefícios.

Segundo Lóic Wacquant, a Política de Tolerância Zero foi responsável por uma "vulgarização" da teoria das vidraças quebradas que teve como apoio o ditado popular: "quem rouba um ovo, rouba um boi", e defende que mesmo uma conduta delitiva sem relevância real como deixar de pagar o bilhete do metrô devem ser punidas para criar exemplos e estabelecer na sociedade uma sensação de que há uma autoridade observando.⁷⁴

Tomando como base a diminuição das taxas de criminalidade, o Movimento se estendeu para diversos lugares do mundo, atingindo, inclusive a América Latina. Nesse sentido, Vera Batista⁷⁵ afirma que não ocorreu de fato a redução nos índices de criminalidade constatados em função da repressão aplicada pela política de tolerância zero e sim uma redução como consequência de um avanço social e econômico nos Estados Unidos por volta dos anos 90:

“É fato notório que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial

Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20140502_172228.pdf>.

⁷³ OLIVEIRA, Aparecida do Carmo Prezotti de. *Teoria das janelas quebradas*. Revista Vinna Jr. mar. de 2014. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20140502_172228.pdf>.

⁷⁴ WACQUANT, Lóic. *As prisões da miséria*. Zahar Editor. 2001. Rio de Janeiro – RJ p. 25.

⁷⁵ BATISTA, Vera Malaguti de Souza. *Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio* In: Discursos Sediciosos Ano 2, nº 4, Freitas Bastos, 1997.

decréscimo dos índices de desemprego. Nisto está a resposta para a diminuição da criminalidade: crescimento econômico, sucesso no combate ao desemprego e política educacional eficiente”.

Na contramão do que estava sendo veiculado, Salvatore Cannata afirma que relatórios dos anos de 2000 a 2001 demonstram que houve um crescimento descontrolado da população carcerária nos Estados Unidos e que, com esse crescimento, ultrapassou a capacidade dos estabelecimentos prisionais, uma vez que não estavam preparados para a demanda.⁷⁶

A suposta prevenção que o movimento defendia realizada pela retribuição imediata dos crimes, é demonstrada cientificamente falsa quando confrontada com a análise característico do conceito de crime, uma vez que, constatado que se trata de um fenômeno social complexo, o processo penal não possui um papel primário, posto que não contribui de forma direta para a redução ou prevenção do fato social criminal. Partindo desta premissa, Zaffaroni afirma que a ideologia de lei e ordem é propaganda enganosa, justificando o modelo penal vigente por si só.⁷⁷

A aludida severidade das penas serviria como consolo e sentimento de justiça às vítimas, acrescentando-se a neutralização e intimidação dos seres criminosos. É por isso que os gastos com penitenciárias de segurança máxima são justificados. Os crimes mais graves merecem ser respondidos à altura e o regime de rigor e dureza como o anterior seria a resposta perfeita.

Diante deste contexto, houve o crescimento do movimento e a crença de que o criminoso é um ser doente, como uma erva daninha que deve ser arrancada da sociedade e que cabe aos cidadãos saudáveis promover essa "limpeza" a fim de abolir a prática delituosa. Busca-se combater o crime, a criminalidade e o criminoso.⁷⁸

2.3. A Tolerância Zero e os Crimes Hediondos no Brasil como exemplo da sua aplicação

Por volta de 1990, o Brasil começou a sofrer com uma grande quantidade de sequestros de pessoas de uma classe social superior à da maior parte da população. Dentre

⁷⁶ CANNATA, Salvatore. *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 17.

⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.88

estes sequestros que mobilizaram o país alguns casos se destacaram como o do empresário Abílio Diniz, que ficou sob o poder dos criminosos por 7 dias, e do publicitário Roberto Medina, que foi resgatado depois de 16 dias detido pelos sequestradores. Sob esta ótica, Monteiro adverte sobre o momento de pânico que atingia estes setores da sociedade brasileira, agravada com estes sequestros.⁷⁹

Com a crescente sensação de falta de segurança por parte da sociedade brasileira, começaram protestos por leis e penas mais severas, chegando, inclusive, a ser defendida a pena de morte e prisão em caráter perpétuo para quem praticasse estes tipos de condutas delitivas. Amaral afirma que a Lei de Crimes Hediondos foi uma tentativa de dar uma resposta imediata a estes clamores sociais, tentando, assim, conter estes sequestros contra pessoas importantes para a economia brasileira.⁸⁰

Segundo Simone Moraes dos Santos, o governo brasileiro vendo a comoção social, para satisfazer as expectativas, a paz social e a pseudo-segurança da sociedade, retirou dos cidadãos benefícios garantistas sem analisar a particularidade de cada caso e pessoa e editou de imediato a Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90. A autora afirma que o legislador não se preocupou com a princípio da individualização da pena e se preocupou, unicamente, em punir de forma rígida os crimes que estavam causando comoção social naquele momento, no Brasil.⁸¹

Os meios de comunicação foram de grande contribuição para a criação deste pânico que foi instaurado na população brasileira e para os clamores por uma maior rigidez penal e da própria polícia ao procurar por suspeitos ou ao flagrar um delito, posto que divulgavam os crimes com um grande teor "emocional" e "sensacionalista."⁸² Desta forma pensa Reale Júnior, quando afirma que "a lei de crimes hediondos foi uma resposta penal de ocasião, para das satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina".⁸³

Para Luciana de Medeiros Fernandes, os meios de comunicação tem sido uma das principais influências para o sentimento de insegurança por parte da população, sendo, assim,

⁷⁹ MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4

⁸⁰ *Idem*, p.4

⁸¹ SANTOS, Simone Moraes dos. *A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos*.

⁸² LEAL, João José. *Crimes Hediondos: A lei 8.072/90 com expressão do Direito Penal da severidade*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 34

⁸³ JÚNIOR, Miguel Reale. *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel "Avanços e Retrocessos"*. São Paulo:RT, 1992. p.275

responsáveis pelas medidas aplicada a fim de se obter uma maior repressão penal, posto que apresentam aos cidadãos menos instruídos todas as atrocidades cometidas e apresentando o suposto culpado não como presumidamente inocente, mas exigindo deste a comprovação da inocência para perder o status de "culpado". A mídia, ao apresentar o crime sem qualquer discussão acerca de possíveis soluções para a criminalidade, é responsável pela dimensão dada ao crime e por instigar a sociedade a buscar supostos benefícios da aplicação radical da lei penal.⁸⁴

De acordo com Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, a mídia, que deveria atuar meramente como meio de difusão da informação, atuou como formadora de opinião e impôs a criminalidade como o principal problema a ser combatido pelos "cidadãos de bem", mascarando, assim, a real meta do direito penal. Nas palavras dos autores: "ofusca o verdadeiro objetivo da política penal neoliberal, que busca reparar com um Estado máximo no âmbito do direito penal o Estado mínimo de bem-estar social, que é a própria causa da insegurança objetiva e subjetiva dos países reféns dessa política econômica". Em outras palavras, os meios de comunicação criaram na população uma ilusão de que a severidade da aplicação da pena e a abolição de preceitos garantistas iriam conter, de alguma forma, o aumento da criminalidade.⁸⁵

Nota-se que o Movimento Lei e Ordem aparece carregando a ideia de repressão à acirrada criminalidade e, na medida em que a situação é tida como insustentável, deixam-se de lado alguns conceitos e garantias a fim de conter a crise o mais rápido possível. Também é possível verificar como tais ideais ganham o apoio popular em situações de extrema insegurança por parte da população.

O manifesto de Francisco de Assis Toledo⁸⁶, citado em obra de Alberto Silva Franco:

"O legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do artigo 5º, XLIII, criando a categoria dos "crimes hediondos", bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei n. 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da *law and order*."

⁸⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 69, p.156-177, 2007. p.89

⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: 2011. p.46-47.

⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª edição. Editora RT. 2000. p. 96.

De acordo com o mencionado autor, o Movimento de Lei e de Ordem e sua ideologia radical foi a base ideológica para a Lei de Crimes Hediondos. Em suas palavras:

"Avaliando os efeitos da Lei 8.072/90, Walter Franganiello Maierovitch salientou que a criminalidade aumentou. 'As extorsões mediante seqüestro se vulgarizaram' e 'a adicção, nome técnico dado à dependência de drogas, cresceu de forma alarmante'. Na nova lei, as penas foram aumentadas e previsto o cumprimento integral em penitenciárias. Criaram-se, também, formas de direito premial a contemplar co-autores e participantes, eufemisticamente denominados 'arrepêndidos', prestadores de auxílio ao resgate de seqüestrados ou no desbaratamento de quadrilhas, e nada adiantou.

As conseqüências de uma guerra sem quartel, contra determinados delitos e certas categorias de delinqüentes, serviram para estiolar direitos e garantias constitucionais e para deteriorar o próprio direito penal liberal, dando-se azo a incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um Direito Penal autoritário."⁸⁷

Atualmente, a mesma ideologia antigarantista está sendo utilizada nas discussões referentes à diminuição da maioria penal e foi motivo de comemoração com o recente julgado do Supremo Tribunal Federal que, no *Habeas Corpus* 126.292 de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena com a mera confirmação da sentença em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão e independente de eventuais recursos cabíveis, como será visto a seguir.

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª edição. Editora RT. 2000, p.97-99.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA - UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. A Mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e sua polêmica

O Supremo Tribunal Federal, tendo como base um pensamento garantista e uma ideologia de proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, já havia pacificado entendimento acerca da impossibilidade da execução antecipada da pena, ou seja, não seria possível execução a pena do réu enquanto ainda fosse possível a interposição de recurso ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo. O argumento utilizado era de que qualquer prisão determinada antes do fim dos prazos recursais teria de ser de natureza cautelar e atendidos os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Nesta concepção, cabe ressaltar o julgamento *Habeas Corpus* 84078⁸⁸, da relatoria do Ministro Eros Grau, onde o réu fora condenado em primeira instância à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão no regime fechado, no Tribunal do Júri da Comarca de Passos-MG, pelo crime do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal, homicídio qualificado. A segunda instância entendeu pela manutenção da pena, motivo pelo qual o réu interpôs Recurso Especial e, ao ter seu apelo de responder em liberdade negativo pelo Superior Tribunal de Justiça, interpôs *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão foi submetida ao plenário.

Levando em consideração a declaração de inconstitucionalidade da execução provisória da pena, e por não "existir fundamento idôneo", nas palavras do Ministro, que autorizasse a prisão cautelar, foi decidido pela concessão da ordem ao paciente, momento em que, por sete votos a quatro, ficou decidido que a execução da sentença condenatória quando ainda estiver a tempo de interpor recurso não é compatível com o princípio da presunção de inocência.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, cabe destacar o julgado do *Habeas Corpus* 93062, pela 1ª Turma do STF, do qual ementa segue abaixo transcrita:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA

⁸⁸ Habeas Corpus 84078 Minas Gerais, disponível em : <http://www.stf.jus.br/>.

EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU, EM LIBERDADE, O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isto por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade.

2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI, do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312, do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não-culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF).

3. Na concreta situação dos autos, contra o paciente que aguardou em liberdade o julgamento da apelação interposta pela defesa foi expedido mandado de prisão sem nenhum fundamento idôneo. 4. Ordem concedida.⁸⁹

Apesar do entendimento já pacificado sobre o tema, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal mudou a interpretação chegando ao entendimento que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segunda instância não compromete o princípio da presunção de inocência, ainda que interpostos recursos especial ou extraordinário.

Com a mudança, criaram-se polêmicas e divergentes debates. Por um lado, argumenta-se que a associação entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o surgimento de barreiras para a efetiva realização da justiça, poderia culminar em impunidade e, de outro lado, argumenta-se que a eficácia normativa da Constituição Federal, bem como os direitos do cidadão, devem ser garantidos.

Cabe ressaltar que tal entendimento não é inédito no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em julgamento de caso semelhante, a Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* 68.726, e relatoria do Ministro Néri da Silveira, realizado no dia 28 de junho de 1991, admitir a execução provisória da pena e submeteu à pena privativa de liberdade o acusado quando só restarem recursos especial e extraordinário, em acórdão assim emendado:

⁸⁹ Habeas Corpus 93062, disponível em: : <http://www.stf.jus.br/>.

“HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669.

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido”

O Superior Tribunal de Justiça bem como o Supremo Tribunal Federal tinham posicionamentos distintos em cada caso, posto que em um momento entendiam pela admissibilidade da execução da pena condenatória confirmada em segunda instância, mesmo na pendência de recursos especial e extraordinário, com o argumento de que tais recursos não possuem efeito suspensivo e, em outro momento, entendiam que tal execução acarretaria em uma violação ao princípio da presunção de inocência e seria, como consequência, inadmissível.

Considerado como um avanço para muitos juristas, que serão mencionados posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao adotar um rumo constitucional e garantista, havia decidido o tema desde o ano de 2009, com o mencionado julgado do HC 84078 e reafirmado o posicionamento em decisões posteriores. Contudo, volta agora a adotar o entendimento jurisprudencial admitido no ano de 1991. Os argumentos e justificativas serão explorados em momento oportuno, bem como a crítica a tal posicionamento.

Compreendida a mudança jurisprudencial e a polêmica que acerca o tema, uma vez que de ampla relevância jurídica, por tratarem-se de garantias constitucionais do indivíduo, cabe agora analisar os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, suas críticas e consequências.

3.2. As Garantias previstas na Constituição de 1988 e o princípio da não-culpabilidade.

O garantismo está presente na discussão acerca da execução provisória da pena

condenatória ao analisar algumas circunstâncias sociais, como: o cabimento da execução, sua aplicabilidade, a ofensa ao princípio da não culpabilidade e o desrespeito a garantia fundamental expressa na Carta Magna de 1988.

Pioneiramente normatizado no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio da não culpabilidade foi uma conquista advinda da Revolução Francesa em 1789 e foi mencionado, posteriormente, "no art. 26, da Declaração Americana de Direitos e Deveres e no art. 11, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948, bem como no art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969".⁹⁰

Sobre o tema, merece destaque o entendimento aplicado por Renato Brasileiro de Lima que afirma que a Convenção Americana, diferente da Constituição Federal Brasileira, não exige de fato o trânsito em julgado para a execução da pena, bastando, apenas, que a culpa seja demonstrada para que o princípio que presume sua inocência seja afastado. Pode-se interpretar, portanto, que a culpa estaria demonstrada após respeitado o duplo grau de jurisdição, tal entendimento não pode ser extraído da CF/88.⁹¹

De acordo com o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Pode-se notar que se trata do Princípio da Não-Culpabilidade, agora positivado, tendo sido reconhecido muito antes pela doutrina como um dos princípios gerais do processo penal, consoante exemplo do RE 8629-7-SP, do Supremo Tribunal Federal, julgado em 1969.⁹²

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, há diferenças no plano teórico entre o princípio de presunção de inocência e o princípio da não-culpabilidade. A principal distinção é que não seria possível presumir a inocência do réu uma vez instaurada uma ação penal, diante do lastro probatório mínimo necessário para tal. O que poderia ser presumida é a sua não culpabilidade até a confirmação judicial da culpa, ou seja, o trânsito em julgado da sentença. Contudo, afirma o autor, que, independente da diferença no plano teórico, ao trazer o conteúdo para a prática, o importante é a interpretação correta do

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 607.

⁹¹ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. Curitiba: Juruá, 2008, p.85.

⁹² CERNICCHIARO, Luiz Vicente ; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito Penal da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 61.

dispositivo constitucional.⁹³

A afirmação de que o acusado é presumidamente inocente significa que cabe à parte acusadora demonstrar a verdade dos fatos imputados ao réu, este ônus de provar, em regra, é atribuído ao Ministério Público, no seu papel de acusador. Caso não seja possível a prova clara e sem restar dúvidas da culpa do réu, este deve ser absolvido.

Luiz Flávio Gomes afirma que cabe ao acusador demonstrar sem qualquer dúvida cada uma das acusações presentes no processo penal instaurado e a ligação do réu com o crime praticado. Uma vez provados "os fatos e a atribuição culpável deles ao acusado", pode-se atribuir ao réu o status de "culpado", cabendo à defesa demonstrar quaisquer excludentes de ilicitude e de culpabilidade cabíveis. Segundo o autor: "Vê-se, pois, que há no processo penal, assim como no processo civil, regras de distribuição dos ônus da prova, sendo incorreto afirmar que toda a prova a ser produzida cabe ao Ministério Público."⁹⁴

A expressão “presunção de inocência”, no entendimento de Tourinho Filho, “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente”.⁹⁵ Seguindo este raciocínio, o ordenamento jurídico brasileiro admite algumas exceções, como a prisão provisória, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ante a comprovação da sua necessidade, nos termos legais, não havendo violação ao referido princípio. Corrobora com esse entendimento a Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, a qual preceitua que “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.⁹⁶

A doutrina adota o entendimento de que o Princípio da não-culpabilidade deve ser interpretado sob dois segmentos, o primeiro diz respeito às medidas cautelares, no caso a prisão cautelar, como medida coercitiva imposta ao réu. O segundo segmento refere-se ao ônus da prova e à obrigação da parte acusadora a demonstração da "autoria e a materialidade do fato criminoso", devendo, em caso de dúvidas, favorecer o réu e promover sua absolvição diante da ausência de elementos probatórios capazes de ensejar a sua condenação - *in dubio*

⁹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em face da Constituição*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.89.

⁹⁴ GOMES, Lúcio Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência e Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999. p.111-112.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.29.

⁹⁶ Súmula nº 9, STJ. Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em: 20/08/2016.

*pro reo.*⁹⁷

O referido princípio, nas assertivas de Guilherme Nucci, tem o objetivo de garantir, primordialmente, que o ônus da prova seja um ônus da acusação e não da defesa. Afirma o autor que as pessoas nascem inocentes e que este é seu estado natural, motivo pelo qual torna-se indispensável que o Estado - atuando no papel de acusador - evidencie, com provas suficientes ao próprio Estado - atuando no papel de julgador - a culpa do réu a fim de quebrar tal preceito.⁹⁸

Para Carvalho, submeter o réu à pena privativa de liberdade sem o devido trânsito em julgado da sentença condenatória é uma prática inconstitucional, ou seja, é necessário o esgotamento de todas as vias recursais para submeter o acusado à prisão, com exceção da prisão preventiva do artigo 312 do Código de Processo Penal. Segundo o autor, não é justificável a prisão do acusado quando a Constituição Federal é taxativa em proibir a atribuição de culpabilidade ao acusado sem o trânsito em julgado da sentença.⁹⁹

"Ao apregoar que 'ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' e que 'ninguém será privado da liberdade... sem o devido processo legal', a Constituição Federal, em seu artigo 5º, nos incisos LVII e LIV, respectivamente, confere ao Poder Judiciário, mediante atividade jurisdicional, exercida nos parâmetros do devido processo legal, a exclusividade da tarefa de infirmar, em decisão passada em julgado, a inocência do acusado, até o momento tido como dogma. Demonstra, portanto, clara opção por um processo penal centrado no respeito à liberdade individual e à dignidade do ser humano."¹⁰⁰

Assim, aplicado no curso do processo penal, tal princípio reconhece “um estado transitório de não-culpabilidade, na medida em que referido *status* processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”, representando verdadeiro corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo aplicado com o intuito de preservar a liberdade do indivíduo ao qual se imputa autoria de determinado fato delituoso.¹⁰¹

Por isso, antes do julgamento definitivo, é possível restringir direitos do réu diante

⁹⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo. SILVA, Willian. *Manual de Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 380-381.

⁹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p.81

⁹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em face da Constituição*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.90

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. *Do direito de recorrer em liberdade na visão do STF*. Revista Prática Jurídica: Consulex- Ano VIII- nº 87- 30 de junho de 2009, p.64-65.

¹⁰¹ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89

de tumulto processual (destruição de provas, aliciamento de testemunhas), da reiteração de condutas delitivas, ou de indício concreto de possibilidade de fuga. Fora disso, ele é inocente - ou não culpado - e como tal deveria ser tratado.

Deveria, porque a decisão judicial ora em comento dispõe que a pena do réu condenado em segundo grau será aplicada imediatamente, mesmo que existam recursos pendentes. Ora, se existem recursos pendentes, a condenação não transitou em julgado, o processo não está encerrado, a decisão não é definitiva. E, pela Constituição, nesses casos, o réu “não será considerado culpado”.

Não bastasse isso, conforme destacado por Luiz Flávio Gomes, o modelo de duplo grau de jurisdição - adotado na decisão proferida no HC 126.292/SP - exige dois julgamentos de mérito para se derrubar a presunção de inocência, tal como previsto no art. 8º, item 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰² Difere, portanto, das hipóteses nas quais há uma sentença absolutória, seguida de um acórdão condenatório, ou quando há foro por prerrogativa de função.

3.3. As Manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Julgamento do Habeas Corpus nº 126.292.

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal mudou recentemente o entendimento que vinha aplicando desde 2009, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, decidindo pela constitucionalidade da execução provisória da pena, quando de acórdão condenatório em sede de apelação, sem desrespeito aos princípios previstos na Constituição Federal, dentre eles a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A fim de analisar o posicionamento nos Ministros do Superior Tribunal Federal no polêmico julgado, segue um breve resumo do entendimento firmado para cada um em forma de voto, com data de publicação no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de maio de 2016, em

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.* Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>> Acessado em 23/07/2016.

Ata nº 71/2016.¹⁰³

O Relator do julgado, Ministro Teori Zavascki, em seu voto, afirma que sua decisão envolve a "reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional penal". O Ministro afirma que deve-se atentar aos valores da sociedade, não somente dos acusados e levar em consideração a realidade do, nas palavras do Ministro, "nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal". Faz referência, também, a julgados anteriores da Suprema Corte, onde adotado o entendimento pela possibilidade da execução provisória da pena, dentre eles o HC 68.726, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, já mencionado anteriormente, o HC 71.723, de relatoria do ministro Ilmar Galvão, HC 74.983, de relatoria do ministro Carlos Velloso, dentre outros.

Afirma o Ministro relator que é "no juízo de apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado", por esse motivo, entende que é ali que se concretiza o duplo grau de jurisdição, ou seja, o reexame da decisão judicial em seu inteiro teor. Ao acusado é garantido o direito de responder em liberdade até o julgamento definitivo proferido por este juízo de segundo grau, "respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas". Tece, também, arrazoado jurídico acerca dos limites do princípio da presunção de inocência e afirma que "a pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete seu núcleo essencial, uma vez que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal".

Discute, de forma sucinta, que, ao não permitir a execução a qualquer condenação que porventura não tenha esgotado definitivamente todas as vias recursais, criou-se um incentivo a indevida e sucessiva interposição de recursos com propósitos meramente protelatórios, buscando atingir a prescrição da pretensão punitiva ou executória e afirma que este fenômeno também se reproduz no Superior Tribunal de Justiça. Conclui entendendo pela admissibilidade da "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação".

O Ministro Edson Fachin, acompanhando o voto do Ministro relator, sustenta que foi conferida à Suprema Corte a função de unificar a interpretação do direito federal

¹⁰³ Habeas Corpus 126.292 São Paulo, disponível em: : <http://www.stf.jus.br/>.

infraconstitucional, "conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem" e afirma que, entender pela impossibilidade de iniciar-se a execução penal antes da decisão dos Tribunais Superiores, trata-se de um demasiado apego à literalidade da lei, desconderando, assim, a necessária análise de todos os princípios e regras constitucionais em conjunto que, segundo o Ministro, não permitem tal conclusão.

O Ministro afirma que as instâncias ordinárias "são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas", não cabendo às Cortes Superiores, dar nova versão fática, limitando-se a uma nova versão jurídica do caso. Aduz que para se obter o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, se faz necessária a inércia da parte acusada, podendo esta interpor embargos declaratórios meramente protelatórios, motivo pelo qual o entendimento "literal" do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, seria inviável. Assevera, ainda, que "há instrumentos processuais eficazes, a exemplo das medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus* a fim de solucionar teratológicas decisões jurisdicionais".

Seguindo o mesmo raciocínio dos Ministros mencionados, o Ministro Luis Roberto Barroso, em síntese, reforça os fundamentos arguidos e afirma que, o entendimento até então adotado pela Suprema Corte, da impossibilidade da execução provisória, "contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade", criando-se "um grande distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva e uma sensação de impunidade".

Faz referência ao julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello¹⁰⁴, pelo caráter não absoluto dos direitos e garantias, "principalmente quando veiculados sob a forma de princípios, como no caso da presunção de inocência". Reafirma o entendimento do doutrinador Jorge Miranda¹⁰⁵, ao afirmar que: "enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo."

Tomando como principal argumento o de que, "nos tribunais superiores, como

¹⁰⁴ MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086 disponível em: <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 09/08/2016.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Tema: Direito Constitucional, 2012 9.ª Ed., p. 338.

regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas" e reforçando o paradigma da impunidade que, segundo o Ministro, permeiam o sistema penal brasileiro, concluiu reafirmando a tese do relator a respeito da não violação do princípio da presunção de inocência.

Na contramão dos posicionamentos apresentados, a Ministra Rosa Weber, entendeu por conceder a ordem ao *Habeas Corpus*. Afirmar que o princípio da segurança jurídica, em especial o STF enfrenta questões constitucionais, é muito importante para o estado democrático de direito, devendo ser prestigiado, motivo pelo qual segue uma linha de entendimento pela manutenção da jurisprudência da casa.

A Ministra assevera que, apesar das preocupações acerca dos recursos protelatórios excessivos, tem ressalvas quanto à revisão de jurisprudência já pacificada pela mera alteração dos integrantes da Corte. Toma por base o *Habeas Corpus* 84.078, julgado que havia pacificado o entendimento sobre o tema, oportunidade em que o tema foi apreciado com profundidade, e confirma o entendimento dos ministros à época, em especial os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, "no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência", motivo pelo qual não apoia a alteração de posicionamento da Corte e sua compreensão sobre o texto constitucional.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, aduz que, em relação à matéria fático-probatória, o acórdão proferido pela segunda instância faz "coisa julgada singular, porque, em regra, é uma decisão imutável, indiscutível, uma vez que não é passível de análise no Tribunal Superior, onde só se devolvem questões constitucionais e federais". Afirmar que, a constatação de vício de inconstitucionalidade, à luz da prática real, ocorre muito raramente. Menciona, também, o entendimento da Suprema Corte de que a culpa julgada é admitida em capítulos, tornando o mérito da acusação e referente às provas indiscutível, produzindo coisa julgada.

Destaca-se a observação do Ministro "quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social". Afirmar que a sociedade brasileira atual não admite a presunção de inocência de uma pessoa condenada insiste em recorrer, buscando-se atingir a prescrição, podendo a defesa recorrer *ad infinitum* diante da ausência do cumprimento da pena. Abandona os precedentes sob a justificativa da incongruência sistêmica e social, acompanhando, assim, o voto do relator.

A Ministra Carmem Lúcia denegou a ordem e seguiu o entendimento do relator no

sentido da possibilidade da execução provisória da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da pena condenatória, reafirmando o seu voto, à época vencido, no julgamento do *Habeas Corpus* de relatoria Ministro Eros Grau. Neste sentido, afirma a Ministra que:

"as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais."

O Ministro Gilmar Mendes, que no julgamento de 2009 tinha se posicionado de outra forma, mudou o entendimento e acompanhou o posicionamento do relator. Inicia o voto discorrendo sobre casos que acompanhou ao longo dos anos de indivíduos que foram condenados por crimes hediondos e, mesmo após a condenação em sede de apelação, permaneceram respondendo em liberdade durante anos, gerando um quadro de impunidade.

Cita Eduardo Espínola Filho em sua afirmação de que: "a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa"¹⁰⁶ e reafirma que se trata de um princípio, não uma regra. Neste sentido, aduz que "é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento, contanto que o seu núcleo fundamental seja respeitado".

Assevera que a análise das questões federais e constitucionais, em sede de recurso extraordinário, mesmo que provocada pela parte recorrente, não serve a seu interesse particular, "mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência e que, esgotadas as instâncias ordinárias sem a substituição da pena privativa de liberdade, tem-se uma declaração, com considerável força, de que o réu é culpado e a sua prisão necessária".

O Ministro compara o entendimento com o utilizado na Lei da Ficha Limpa, que "considera inelegíveis os condenados por diversos crimes relacionados a partir do julgamento em Tribunal". Tal regra foi decretada constitucional nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, do Relator Ministro Luiz Fux, julgadas em 16 de fevereiro de 2012, ou seja, firmou-se o entendimento de que "a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação surta efeitos, como a perda do direito de ser eleito".

¹⁰⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 436

O Ministro Marco Aurélio critica a decisão de mudar o entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, por entender que "o caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial". Afirma que a Suprema Corte não pode mudar o posicionamento que até então aplicava a um posicionamento diametralmente oposto sem uma justificativa substancial para tal.

O Ministro afirma que a jurisprudência até então adotada baseava-se no "rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988" e que tal preceito não permite interpretações, tratando-se de texto claro e preciso. Entende que a liberdade, uma vez perdida, vindo do título condenatório e provisório, a "ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, não será devolvida ao cidadão".

Cita, ainda, a sugestão da promulgação de emenda constitucional cogitada pelo Ministro Cezar Peluso, com o objetivo de diminuir a "morosidade da justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por tribunal" no julgamento de apelação, contudo, tal ideia não prosperou no Legislativo. Nestes termos, acompanhou a divergência, a fim de evitar que se execute uma pena a qual não é, ainda, definitiva

Também acompanhando a divergência, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirma que o princípio da presunção de inocência representa uma "notável conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão e o abuso do poder estatal" e que esta presunção tem prevalecido ao longo dos anos, "no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana".

O Ministro aduz que:

"A repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional."

Afirma ser evidente que:

"A Constituição Brasileira de 1988 é o símbolo representativo da resistência ao absolutismo do Estado e à força opressiva do seu poder, banindo, assim, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão. Por esse motivo, a consagração constitucional da presunção de inocência, como direito fundamental de todos os seres humanos, independente da gravidade do crime imputado, há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade uma hermenêutica essencialmente emancipatória, com a prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o trânsito em julgado da condenação

criminal, como uma cláusula de impossibilidade de imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam sua esfera jurídica".

Insiste, acertadamente, de que "cabe ao Supremo Tribunal Federal possuir a exata percepção do quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição Federal" para a sociedade e suas instituições, não podendo, entender de modo totalmente oposto a norma estabelecida, de forma muito nítida, nesta Carta. É a própria lei fundamental que impõe o trânsito em julgado da condenação para descaracterizar a presunção de inocência.

Afirma, ainda, ser "inadequado utilizar-se da prática e experiências registradas em países como os Estados Unidos da América e França, entre outros, cujas Constituições, ao contrário da Constituição Brasileira, não impõe a necessidade da observância ao trânsito em julgado da condenação criminal", sendo a presunção de inocência muito mais intensa no ordenamento jurídico brasileiro.

Assevera que a presunção de inocência não é progressiva, como argumentado anteriormente, "não se esvaziando progressivamente à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Portanto, mesmo que confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda restará, em favor do condenado, o direito fundamental, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Segundo o Ministro, mesmo afastando o argumento constitucional, a execução antecipada da condenação criminal é inconciliável com o ordenamento jurídico brasileiro positivado, destacando que a Lei de Execução Penal, em seu artigos 105 e 147 impõe, "como inafastável pressuposto de legitimação da execução da sentença, o seu necessário trânsito em julgado. Portanto, imprescindível título judicial definitivo, resultante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória", mesmo que para executar uma pena de multa.

Por último, o Ministro Ricardo Lewandowski, também acompanhando a divergência, manteve sua posição à época do HC 84.074 no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Em seu entendimento, não é possível ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional, não havendo margem para interpretação.

Para o Ministro, o argumento de melhorar a efetividade da prestação jurisdicional não é suficiente para ultrapassar princípio fundamental expresso na Constituição Federal. No

seu entendimento, a interposição, pela defesa, de recurso especial ou extraordinário, e mesmo de "agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal". Por este motivo, critica veemente o entendimento majoritário da Suprema Corte em facilitar a entrada de pessoas no sistema prisional brasileiro, abrandando um princípio maior da Carta Magna, nos seus dizeres, "uma cláusula pétrea".

O ministro Dias Toffoli, que no julgamento do HC 126.292, havia sido favorável à prisão após a decisão de segunda instância e acompanhou em parte o ministro Marco Aurélio, mudou seu entendimento no julgamento das liminares propostas em ADCs 43 e 44. O ministro defendeu que a execução só seria possível depois de julgamento de REsp pelo Superior Tribunal de Justiça, mas que seria desnecessário o julgamento de recurso extraordinário no Supremo.¹⁰⁷

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

Depreende-se dos votos dos ministros que, apesar de reconhecido por maioria, o tema é de ampla divergência jurídica e discutida desde a promulgação da Carta Magna de 1988. Por este motivo, importante a discussão acerca da possibilidade de interpretação em sentido contrário de norma constitucional taxativa por parte do poder Judiciário, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, principalmente após tentativa de emenda constitucional que não prosperou no Legislativo.

Conforme demonstrado, é possível afirmar que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, em permitir a execução provisória da pena, segue uma visão antigarantista, com argumentos similares aos do movimento Lei e Ordem. Os ministros adotaram o rigor da pena acima de garantias expressas na Constituição Federal.

Os ministros adotam um discurso de impunidade diante das excessivas garantias concedidas aos acusados e que isso tem uma relação com o aumento da criminalidade e ineficácia do sistema penal, ou seja, pontos básicos da ideologia antigarantista. Nesse sentido,

¹⁰⁷ ADCs 34 e 35. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>, acessado em: 10/03/2017.

é possível aferir uma ausência de previsibilidade e segurança jurídica da decisão do Supremo, uma vez que descarta previsão constitucional expressa e modifica, prejudicando o réu, decisão que mantinha há 8 (oito) anos.

3.4. Críticas à Execução Provisória da Pena como resultado de uma postura antigarantista

Apesar dos diversos argumentos apoiando a execução antecipada da pena, tais como: a ausência de celeridade processual e rapidez na prestação jurisdicional; a grande quantidade de recursos meramente protelatórios interpostos pelo acusado; a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, tais argumentos não são suficientes para sobrepor um preceito constitucional que é taxativo ao determinar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A decisão proferida pela Suprema Corte, no bojo do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP surpreendeu a todos, juristas e doutrinadores, já que representou a retomada de um posicionamento anteriormente afastado pela própria Corte. Embora não possua efeitos vinculantes, dito entendimento certamente será tomado como norte pelos magistrados e ensejará a expedição de significativo número de mandados de prisão em face daqueles que aguardavam o julgamento dos recursos de natureza extraordinária.

Inicialmente, cabe ressaltar que esta posição da Suprema Corte acerca da possibilidade de submeter o réu a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sua condenação perdurou por muitos anos e foi, inclusive, defendida por doutrinadores como Guilherme Nucci que aduz que a ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, sendo recebidos apenas no efeito devolutivo, possibilita que proceda a execução do réu sem o seu prejuízo.¹⁰⁸

Segundo Eugênio Pacelli Oliveira, é indiscutível a demora para se obter o julgado de um recurso especial ou extraordinário e que isso, inevitavelmente, iria produzir um ensejo da população a fim de combater a impunidade ao ter que esperar a morosidade processual

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 837.

para proceder à execução do acusado.¹⁰⁹

Neste mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim diz que é perfeitamente cabível a realização da prisão sem o julgamento dos mencionados recursos desde que, porém, "seja fundamentada, como medida cautelar de acordo com os interesses da justiça, não podendo a prisão se dar em decorrência do esgotamento das vias ordinárias".¹¹⁰

Contudo, este não é o entendimento majoritário. Deve-se salientar que a decisão foi alvo de severas críticas, mormente por parte dos defensores de um direito processual penal mais garantista, pautado na própria literalidade do texto constitucional, que exige, expressamente, o trânsito em julgado da condenação para que se possa afastar a presunção de culpabilidade.

A análise da execução provisória da pena sob o crivo do garantismo penal tem como principal ponto a interpretação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que preceitua: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.". Não deixando qualquer dúvida quando ao estado de inocência que deve ser preservado o acusado antes do trânsito em julgado.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao referir-se a tal entendimento outrora aplicado pela Suprema Corte, foi incisivo em declarar que o entendimento pela execução provisória da pena, sem o trânsito em julgado, "viola frontalmente o princípio constitucional da inocência, dado que autoriza a prisão do indivíduo que não pode ser considerado culpado sem qualquer fundamentação da autoridade judiciária competente, ou seja, autoriza-se então, a prisão de um alguém presumidamente inocente sem a demonstração da presença dos requisitos da prisão cautelar".¹¹¹

Segundo Edilson Mougenot Bonfim, a execução provisória da pena de liberdade constitui uma modalidade "anômala" de prisão, uma vez que anterior à formação de culpa e, como carece de elementos que possibilitem a cautelar, representa uma afronta ao princípio da presunção de inocência.¹¹²

Cabe ressaltar que a pena privativa de liberdade como pena tem como objetivo

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacello. *Curso de Processo Penal*. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 650-657.

¹¹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.266

¹¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 773.

¹¹² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.45.

satisfazer a pretensão executória diante de uma declaração definitiva de culpa do acusado, não tendo objetivo preventivo/cautelar. Por outro lado, a pena privativa de liberdade processual é revestida e natureza puramente processual, devendo preencher os pressupostos do "*periculum in mora e fumis boni iuri*".¹¹³

Consoante Maria Lúcia Karan: "a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório recorrível jamais poderia ter natureza jurídica de pena, porquanto não terminado o processo de conhecimento, seria, dessa forma, prisão provisória ou processual"¹¹⁴. É possível dizer, então, que trata-se de uma prisão cautelar não compatível com a ordem expressa na Constitucional Federal, uma vez que, na prática, é uma execução antecipada da pena. Tratando-se de prisão preventiva, deveria, com o risco de incorrer em prática ilícita, pautar-se, fundamentadamente, à órbita do art. 312, do Código de Processo Penal.

Com o mesmo entendimento, Rômulo Andrade Moreira considera que não é possível prender alguém sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, com exceção da prisão que possui natureza preventiva e que tal inadmissibilidade independente do fato do réu ser primário ou possuir bons antecedentes. Aduz que não é coerente impor ao acusado, presumidamente inocente, a pena de prisão quando este não preenche os requisitos que ensejam a prisão preventiva.¹¹⁵

Segundo entendimento doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"Apesar da súmula 279, da Suprema Corte, bem como a súmula 7, do STJ, serem claras ao elucidar que a pretensão do simples reexame da prova não cabe recurso aos Tribunais, não exclui, entretanto, a reapreciação de questões atinentes à disciplina legal da prova, bem como a qualificação jurídica dos fatos assentados no julgamento de recurso ordinário."¹¹⁶

Para os mencionados doutrinadores, a "função das impugnações extraordinárias é, na verdade, a tutela do próprio direito federal e visa proteger o direito do recorrente, buscando, assim, a uniformidade da interpretação da Constituição Federal e das leis federais. Por serem de fundamentação vinculada, isto é, a lei fixa limites às impugnações, não

¹¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.16.

¹¹⁴ KARAN, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, 2005, p.168- 9.

¹¹⁵ MOREIRA, Rômulo Andrade. *Curso Temático de Processo Penal*. 5 ed., Salvador:Podiv, 2009, p.692

¹¹⁶ ADA, Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001, p.270.

expressam a garantia do duplo grau de jurisdição – característica dos recursos ordinários – se enquadram, pois, num terceiro ou quarto reexame".¹¹⁷

Neste sentido, há a possibilidade do acusado se beneficiar diretamente dos julgamentos das instâncias superiores, podendo, inclusive proporcionar ao condenado uma situação mais favorável em relação à condenação imposta pelo Tribunal, como, por exemplo, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, modificar o regime fixado inicialmente para o cumprimento da pena e pode proporcionar, inclusive, sua absolvição. Por tal motivo, a execução antecipada da pena representa clara violação ao estado de inocência, uma vez que, a rigor e, por lógica, só seria possível a antecipação com a absoluta certeza, e, no caso de execução da pena antecipada, não é possível falar em certeza da culpa, pois ela advém do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que não pode ser recorrida.

De todas as fundamentações dos ministros do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a do Ministro Luiz Fux:

"E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da 'Ficha Limpa', quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral."¹¹⁸

O Ministro defende que a interpretação do texto constitucional deve ser feita levando-se em consideração o clamor social, ou seja, o que a sociedade deseja. Tal entendimento remete-se àquele abordado no Movimento Lei e Ordem. Ou seja, aplica-se uma maior rigidez da norma penal a fim de atingir o que afirma ser a vontade da sociedade como um todo, posição bastante controversa ao ser analisada sob um viés garantista.

Apesar da decisão proferida em fevereiro, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico, em 4 de julho de 2016, concedeu uma liminar a fim de suspender a execução de mandado de prisão expedido, sob o argumento de

¹¹⁷ ADA, Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001, p. 33-34.

¹¹⁸ HC 126292 - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>, acessado em: 01/09/2016.

que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao determinar o início do cumprimento da pena do réu sem o trânsito em julgado da condenação, ofendendo, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência.¹¹⁹

A defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, inicialmente, concedeu liminar para colocar em liberdade o condenado. Contudo, quando do julgamento de mérito, não conheceu do *Habeas Corpus*, tornando sem efeito a liminar. O STJ citou a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126292, que permitiu o início do cumprimento da pena de um condenado após a confirmação da sentença em segunda instância.

Rubens Casara, juiz de direito e professor de processo penal na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, celebrou a decisão e afirmou que "a liminar simboliza o compromisso de parcela dos atores jurídicos com a Constituição da República. Em tempos difíceis, de avanço do pensamento autoritário, ou da ausência de pensamento, nos quais o populismo penal transformou a prisão em regra, como uma fórmula mágica para todos os problemas brasileiros, sempre é bom perceber que existe alguma resistência democrática no Supremo Tribunal Federal"¹²⁰

Apesar de algumas discordâncias, a doutrina majoritária tem se firmado no sentido contrário à recente decisão do Supremo Tribunal Federal e entendem por inconstitucional e inadmissível a execução da pena com a mera condenação em segunda instância. Esta decisão reflete uma natureza antigarantista do Supremo Tribunal Federal que prioriza a celeridade processual e o rigor da pena acima dos direitos fundamentais do cidadão acusado. Ao priorizar o rigor penal acima da possibilidade de prender um réu inocente, coloca-se o sistema penal acima do direito fundamental à liberdade garantida pela Carta Magna.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal indeferiu, em 5 de outubro de 2016, as duas liminares em Ação Declaratória de Constitucionalidade (43 e 44), que buscavam reverter a decisão que a execução provisória da pena antes do seu trânsito em julgado. Apesar do ministro Dias Toffoli ter mudado seu entendimento, o posicionamento do

¹¹⁹ HC 135100 - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>, acessado em: 01/09/2016.

¹²⁰ JUSITIFICANDO. Criminalistas comemoraram decisao de Celso de Mello sobre execucao provisoria da pena. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://justificando.com/2016/07/05/criminalistas-comemoram-decisao-de-celso-de-mello-sobre-execucao-provisoria-da-pena/>, acessada em: 01/09/2016

HC 126.292 se manteve por maioria com os votos a favor dos ministros Carmen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki.¹²¹

O Supremo Tribunal Federal ainda tem que tomar uma decisão definitiva sobre o momento da execução da pena em ação de caráter constitucional, uma vez que a decisão tomada pelo tribunal, no dia 17 de fevereiro, dizia respeito a um *Habeas Corpus* e não tinha efeito vinculante e ainda não foi julgado o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade propostas.

¹²¹ ADCs 44 e 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>, acessado em: 10/03/2017.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa bibliográfica feita para o presente trabalho foi possível chegar a algumas conclusões referente ao antigarantismo presente na decisão do Supremo Tribunal Federal no que concerne à execução provisória da pena condenatória.

No presente trabalho, procurou-se abordar a relação entre as premissas do Movimento de Lei e de Ordem e a política de Tolerância Zero com a criação de leis brasileiros como a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), visando a total exclusão do indivíduo criminoso que poderia "contaminar" os outros cidadãos que não se consideram capazes de praticar condutas delitivas.

Procurando conter a crescente criminalidade, criam-se novos tipos penais que deveriam ser necessárias e condizentes com a realidade da sociedade e às necessidades da população. Nesse sentido, cabe ao legislador determinar quais as condutas não devem ser toleradas e qual a pena ideal aplicada. No caso da Lei de Crimes Hediondos esta foi a justificativa do legislador que buscava atender aos anseios do momento mas acabou por incorrer em penas extremamente rigorosas e consideradas por muitos como desumanas.

Diversas teorias foram desenvolvidas sobre o enfoque do Antiguarantismo com o auxílio de uma parcela da mídia sensacionalista, com o intuito de debelar a criminalidade, contudo, sem a devida observância as questões sociais, e todas sob o ponto de vista prático tornaram-se extremamente estigmatizantes e segregadoras, pois, esqueceram que o Direito Penal é a última razão, devendo-se recorrer a ele, somente quando os outros meios falharem, sob pena de ter uma sociedade desigual, estigmatizante, e o pior, ocorrer o caos social, por centrar o foco apenas nos superficiais fins e esquecer os reais meios.

O trabalho procedeu a análise do recente julgado julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, que mudou o entendimento que havia sido pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e que reconhecia que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, apenas com a confirmação em segunda instância diante de lei constitucional expressa.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo art. 5º, inciso LVII, não deixa dúvidas quanto à adoção do princípio da presunção de inocência e até onde esta inocência

deve ser presumida, não podendo o agente sofrer sanções decorrentes da declaração de culpabilidade enquanto ainda faz *jus* à sua garantia jurisdicional expressa. Tal princípio é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Como desdobramento do princípio da presunção de inocência, a pena privativa de liberdade, ou seja, o tolhimento do direito de ir e vir do indivíduo, através de seu recolhimento ao cárcere, como consequência jurídica da prática de um crime, somente pode ocorrer quando a sentença penal condenatória não puder mais ser modificada por recurso. O que está em discussão são as garantias constitucionais, que passaram a não ser respeitadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do novo entendimento adotado.

Se a Carta Magna determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória", é claro e expresso, então, que o acusado não pode recolher-se à prisão sem o trânsito em julgado da sentença. Tal determinação, conforme apontou o Ministro Ricardo Lewandowski, é taxativa e não abre margem à interpretação.

A supremacia da Carta Magna exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais, destarte, a exigência de o réu começar a cumprir a pena antes mesmo do decreto condenatório definitivo não pode perdurar, porquanto contrária à coerência e harmonia do próprio ordenamento jurídico.

O polêmico *Habeas Corpus* 126.292 não é definitivo. Se por um lado parece uma ameaça às salvaguardas do princípio constitucional da não-culpabilidade, por outro tem o mérito de levar à sociedade a rediscussão da manutenção ou não de uma garantia que a qualquer momento qualquer cidadão possa vir a precisar.

O Estado cada vez mais adentra na esfera privada dos cidadãos, atuando como um Estado observador e que busca uma sociedade ordenada, a fim de tentar, desta forma, encontrar a harmonia entre os diferentes anseios da população, garantindo a igualdade para os iguais. Não se pode tirar a liberdade do indivíduo com a justificativa de uma possível prevenção delitiva. Seguindo este raciocínio, é necessário interpretar o sistema penal brasileiro à luz do garantismo penal, sob o risco de minimizar garantias conquistada com muita luta.

Apesar de essencialmente teórico, o garantismo penal deve ser o alicerce para a função punitiva do Estado. Quanto mais próximo o sistema penal estiver do modelo teórico proposto pelo garantismo, mais os direitos fundamentais dos cidadãos estarão resguardados.

Neste sentido, não pode o ordenamento jurídico, sob o pretexto de reduzir a impunidade, retirar garantias conquistadas com muito esforço e luta pelos cidadãos.

Conclui-se que, na sociedade atual, não é cabível uma política de Tolerância Zero ou uma ideologia de Lei e de Ordem, posto que os meios propostos por estas políticas criminais não proporciona estabilidade social e não resolve o problema da criminalidade, apenas mascarando, momentaneamente, a realidade dos fatos a fim de acalmar os ânimos e a insegurança da população, até que novos excessos ocorram.

Por mais que na conclusão do trabalho tenha sido reforçada a convicção sobre a importância de manter-se íntegro o princípio constitucional sob análise, não se pode deixar de considerar que sua reavaliação por uma sociedade livre e democrática é certamente salutar para que esta sociedade amplie ou limite os passos das garantias individuais que queira, ou não queira, defender e manter.

REFERÊNCIAS

- ADA, Pellegrini Grinover, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- BATISTA, Vera Malaguti de Souza. *Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio* In: Discursos Sediciosos Ano 2, nº 4, Freitas Bastos, 1997.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Book, 2012.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- Brasil. Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. 2006
- CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 862, p.429-442, ago. 2007,
- CANNATA, Salvatore. *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2006
- CAPEZ, Fernando. *Do direito de recorrer em liberdade na visão do STF*. Revista Prática Jurídica: Consulex- Ano VIII- nº 87- 30 de junho de 2009
- CARDOSO, Lilian Cláudia de Souza. *Lei e Ordem - "A Máscara de Ferro" que Agrava os Erros do Sistema Penal*.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em face da Constituição*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em face da Constituição*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente ; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito Penal da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. WUNDERLICH, Alexandre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22213-14-dezembro-1932-516919-publicacaooriginal-1-pe.html>
- DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1998. ISBN 85-203-1632-8

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III*. Campinas: Bookseler, 2000

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 69, p.156-177, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª edição. Editora RT. 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Lúcio Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência e Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999

GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>> Acessado em 23/07/2016.

GOMES, Luiz Flávio; De Molina, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral*. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

GRACIA MARTIN, Luis. *Modernizacion del derecho penal y derecho penal del enemigo*. Lima: IDEMSA, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

GRECO, Luís. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 56. São Paulo: editora Revista dos Tribunais

Habeas Corpus 126.292 São Paulo, disponível em: : <http://www.stf.jus.br/>.

Habeas Corpus 84078 Minas Gerais, disponível em: : <http://www.stf.jus.br/>.

Habeas Corpus 93062, disponível em: : <http://www.stf.jus.br/>.

HC 135100 - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>, acessado em: 01/09/2016.

JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003

JESUS, Damásio E. de. *Sistema Penal Brasileiro: execução das penas no Brasil*.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - vol. 1*. 22ª Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 1999.

JÚNIOR, Miguel Reale. *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*

"Avanços e Retrocessos". São Paulo:RT, 1992.

JUSITIFICANDO. Criminalistas comemoram decisao de Celso de Mello sobre execução provisória da pena. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://justificando.com/2016/07/05/criminalistas-comemoram-decisao-de-celso-de-mello-sobre-execucao-provisoria-da-pena/>, acessada em: 01/09/2016

KARAN, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, 2005

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Conceito de Delito à Luz da Constituição Federal de 1988*. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, Jacarezinho/PR, 2009

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um Sistema Penal Não Excludente: Uma Releitura Constitucional do Direito Penal..* UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP, Jacarezinho/PR, 2009

KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. First Touchstone Edition. 1997

LEAL, João José. *Crimes Hediondos: A lei 8.072/90 com expressão do Direito Penal da severidade*. Curitiba: Juruá, 1996.

Lei Nº 11.343, DE 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. *Teoria e prática da execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. Curitiba: Juruá, 2008

MARTÍN, L. G. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. V. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Método, 2012.

MÉDICI, Sergio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora Tema: Direito Constitucional, 2012 9.ª Ed.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, Rômulo Andrade. *Curso Temático de Processo Penal*. 5 ed., Salvador:Podiv, 2009

MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086 disponível em: <http://www.stf.jus.br/>, acessado em 09/08/2016.

- NETO, João Baptista Nogueira. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica*.
- NUCCI, G. S. *Manual de direito penal: Parte geral e parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008
- OLIVEIRA, Aparecida do Carmo Prezotti de. *Teoria das janelas quebradas*. Revista Vinna Jr. mar. de 2014. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20140502_172228.pdf>.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013
- PASSETTI, Edson. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Artigo publicado na Scielo, São Paulo jul/set, 1999 vol. 13 nº 3.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012
- ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: 2011
- SANTOS, Simone Moraes dos. *A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos*.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth, Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008
- SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,
- SOUZA, Luiz Antônio F. de; SALLA, Fernando Afonso; ALVAREZ, Marcos César. *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências na primeira República*. Justiça e História, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. SILVA, Willian. *Manual de Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- Súmula nº 9, STJ. Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em: 20/08/2016.
- SWAANINGEN, René van. *Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 10, 2ª ep., Madri, 2002
- TELES, Ney Moura. *“Direito Penal: volume um Parte Geral”* Editora de Direito, 1996
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo:

Saraiva, 2005

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Zahar Editor. 2001. Rio de Janeiro – RJ.

WACQUANT, Löic. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Diriето penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. 1995.