



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

MARCUS VINICIUS RIBEIRO SOARES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA: UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Brasília
2017**

MARCUS VINICIUS RIBEIRO SOARES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA: UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientadora: Professora Larissa Melo Maria Ambrosio Assis.

**Brasília
2017**

MARCUS VINICIUS RIBEIRO SOARES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA: UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientador: Professor Larissa Maria Melo Ambrosio Assis.

Brasília, 31 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Prof^a. Larissa Maria Melo Ambrosio Assis.

Orientadora

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

Dedico este trabalho a todos os que me encorajaram e inspiraram a engajar meus esforços na conquista desta graduação. Em especial à minha família, cujo amor me nutre de toda coragem que preciso.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida a mim concedida e por sempre ter colocado pessoas maravilhosas no meu caminho. Trilhar essa estrada com minha família é a maior dádiva que me poderia ser concedida neste mundo.

À minha família, meus pais, minha tia e minha irmã, por todo o carinho que me deram em todas as etapas de minha vida. Obrigado por serem todos meu porto seguro, minha felicidade, minha alegria.

Em especial, agradeço à minha mãe, em cujo amor veja a maior luz que Deus já lançou em minha vida.

À minha esposa, Maranda, pelo companheirismo, pela paciência, pelos risos. Obrigado por me ajudar a crescer e por fazer parte de minhas loucuras.

À Professora Larissa Maria Melo Ambrosio Assis pelos ensinamentos, pelos conselhos, pela paciência e compreensão.

A todos os bons colegas e amigos que comigo compartilharam momentos especiais durante o curso. As conversas, as piadas, o carinho e a força me proporcionaram a leveza que eu precisava pra levar essa graduação. Não foi fácil, mas foi maravilhoso, e parte disso foi por vocês estarem lá.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de análise o conteúdo dos argumentos responsáveis pela mudança de paradigma no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto à compatibilidade entre a execução provisória de sentença condenatória sem trânsito em julgado e o princípio de presunção de não culpabilidade insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, discussão travada no bojo do Habeas Corpus nº 126.292/SP. O escopo do presente estudo é auferir a constitucionalidade da execução provisória de sentença condenatória a partir de um estudo do arcabouço teórico apresentado nos debates ocorridos no âmbito da Corte Suprema. Em primeiro momento, estuda-se o instituto de referenciado princípio em nosso ordenamento jurídico por meio da análise da doutrina e da jurisprudência pátria para então adentrar-se o mérito dos votos vencedores com o fim de se entender o lastro para a mudança de posicionamento da Corte Suprema frente ao tema. Por fim, faz-se uma breve análise crítica sobre os argumentos aduzidos pelos votos vencidos.

Palavras-Chaves: Presunção de inocência. Execução provisória. Prisões processuais. Labelling Approach.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	10
2.1 A NÃO CULPABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	13
2.2 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO-NORMA	14
2.3. AS PRISÕES PROCESSUAIS E A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	17
3. A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	23
3.1 A EXTENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA	24
3.2 O PROBLEMA DA SISTEMÁTICA RECURSAL	30
3.3 A TEORIA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE	36
3.3.1 INTEGRIDADE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	39
3.4 UTILIDADE DA PENA: UM ASPECTO PRAGMÁTICO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	41
3.5. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O LABELLING APPROACH	46
3.6 A LITERALIDADE EVOCADA PELOS VOTOS VENCIDOS	49
4. CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

É reconhecido que o fator de legitimação do Direito reside na sua aptidão em solucionar conflitos de interesses e, assim, prover parâmetros de pacificação social. Abdicando da prerrogativa de exercer a autotutela de seus direitos, a sociedade deposita no Estado plena confiança de que o provimento jurisdicional esteja alinhado aos justos anseios de justiça e que seja eficaz na proteção dos bens jurídicos ameaçados.

Apesar da especial atenção dispensada pela Constituição Cidadã à proteção dos direitos individuais, a crescente inquietude que emerge no espírito do cidadão que a todo tempo vê seus direitos sucumbirem à criminalidade traz novos horizontes quanto à forma com que se enxerga o propósito do processo penal em termos de política criminal.

A efetividade do Direito Penal vem sendo vista ameaçada ante a falta de celeridade da tutela provida pelo Poder Judiciário. Um dos motivos apontados pela crítica doutrinária seria o fato de o sistema processual penal permitir uma postergação a perder de vista da execução de decisões condenatórias mesmo após minuciosa construção de convicção sobre a responsabilidade pelo cometimento de delitos.

Apesar da processualística civil moderna já entender pela admissão de execução provisória de tutela, prestando homenagens inclusive à efetividade de decisões emanadas das instâncias singulares, no âmbito do processo penal o debate sobre a execução imediata das decisões judiciais é mais acirrado já que outros valores se encontram em jogo, principalmente os que tangenciam a liberdade do indivíduo.

O processo penal persegue tanto a finalidade de manter íntegra a segurança do sistema jurídico quanto se propõe a salvaguardar as liberdades individuais. Diante de tal dicotomia, a coexistência e a própria forma como se harmonizam os vários princípios inerentes ao Processo Penal Constitucional sofrem oscilações conforme mudam os paradigmas adotados pelos julgadores os quais se debruçam sobre a matéria apresentada à sua apreciação. De um lado do embate, tem-se, portanto, o interesse de se tutelar o direito subjetivo de ordem pública, como, a título de exemplo, o direito ao devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa e a presunção de inocência. De outro, o dever estatal de zelo pela proteção da sociedade.

Dentre os vários valores em jogo, um dos mais evocados pelos defensores de uma posição mais garantista frente ao *jus puniendi* estatal é o princípio da presunção de não culpabilidade, em que freqüentemente alça-se o trânsito em julgado como pressuposto essencial para sua observância, tendo em vista que a Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Essa imprescindibilidade atribuída ao trânsito em julgado do processo a partir de uma leitura literal constitui o cerne dos principais debates em que se discute a possibilidade de se executar sentenças condenatórias pendentes de recursos destinados às instâncias superiores.

A antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não possuía orientação pacífica sobre o assunto. O último julgado no qual o STF apreciou a matéria incidentalmente se deu no bojo do Habeas Corpus nº 84.078 de 2009 em que se firmou entendimento de ser incompatível com o princípio de não culpabilidade insculpido no Texto Maior a execução provisória de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, mais uma vez faz oscilar a forma como é mitigada a presunção de inocência do réu diante da agora novamente reconhecida possibilidade de se decretar prisão de natureza não-cautelar anterior ao trânsito em julgado.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é o de realizar uma análise crítica dos principais argumentos trazidos à baila pelos votos vencedores, relacionando-os com o ordenamento pátrio e a repercussão que as problematizações levantadas trazem ao seio social. Para tanto, propõe-se uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, além do próprio corpo normativo de nossa legislação, como metodologia de estudos. A finalidade do estudo, portanto, perpassa por um crivo teórico sobre a constitucionalidade da coexistência entre a execução provisória de sentença condenatória e o instituto insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

O trabalho em um primeiro momento irá focar a compreensão do conteúdo do princípio de presunção de inocência ou de não culpabilidade em vários aspectos a fim de se ter melhor visão da extensão da dualidade entre a execução provisória e a tutela do referido princípio.

Em uma segunda etapa da pesquisa, serão levantados alguns pontos discutidos pelos ministros em defesa da execução provisória de sentenças condenatórias e que se mostraram fundamentais para a mudança de paradigma adotado no recente julgado. Os argumentos dissidentes também serão discutidos em uma análise crítica breve em que se busca evidenciar a fragilidade de tais posicionamentos.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Conforme aponta Magalhães Gomes Filho, o constituinte originário de 1988, ao inserir o princípio de não culpabilidade no Texto Maior, o fez seguindo fórmula inspirada na constituição italiana, que em seu artigo 27.2 prescreve que *L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*.¹

Segundo Barbagalo², a não utilização da expressão “inocência” em nossa constituição permite interpretar a vontade do legislador como sendo a de instituir uma garantia processual, de modo que não se reconhece uma inocência factual propriamente dita, mas uma presunção de não culpabilidade. Aponta o autor que a divergência conceitual entre essas duas terminologias (inocência e não culpabilidade) deita suas raízes no passado de discussões doutrinárias travadas entre as Escolas Italianas, em que se inspirou o constituinte.

Nas lições de Antonio Magalhaes Gomes Filho, o entendimento de haver uma presunção de inocência fora acolhida pelas escolas clássicas italianas. Faz o autor emergir o pensamento de Carrara, para quem a inocência seria um pressuposto da própria ciência penal no que tange ao procedimento³. Já para o autor Carmignani, sobressaía-se o valor de tal instituto, ao reconhecer que o reconhecimento da inocência serviria como contraponto à própria tendência delitiva do homem⁴.

Segundo Barbagalo, a Escola Positiva Italiana já formulava entendimento de que a inocência do acusado se estabelecia até o momento da denúncia⁵, não deixando de reconhecer,

¹ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

² BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015.

³ Presunção de inocência e prisão Cautelar. Obra citada.

⁴ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991 *apud* ⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**.

⁵ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 56

portanto, o valor político que o princípio ostenta ao limitar sua observância a determinado poder estatal, sobre tudo órgãos imbuídos de atribuições persecutórias inquisitoriais.

Já para a escola Técnico-Jurídica Italiana, uma corrente de viés positivista, a realização da pretensão punitiva do Estado é o próprio fim do processo, se consubstanciando em interesse público, perante o qual seria mitigada a liberdade do indivíduo. Esta era, assim, concebida como concessão do poder estatal e não direito individual. Sob este prisma, o interesse individual à liberdade teria reconhecimento residual, isto é, apenas quando a prova para a condenação não fosse alcançada⁶.

Para Vincenzo Manzini, um dos expoentes de tal doutrina:

Seria uma falha proferir a inocência do acusado, pois ele poderia não ser de fato inocente, mas apenas não ter sido provada sua culpa, seja por falha persecutória seja por critério judicial quanto a insuficiência das provas para condená-lo⁷

Segundo elucidação de Barbagalo, para Manzini o processo penal não possuía o escopo de se debruçar sobre a questão de ser alguém inocente ou não, mas somente analisar a questão da (não) culpabilidade. Como bem elucida Moraes sobre o aludido autor:

Os positivistas jurídicos afirmavam que a presunção de inocência era inaceitável no processo penal pois, por sua visão técnica, não seria nem “presunção” nem se trataria de “inocência”. MANZINI demonstrou com bastante argúcia, cada um desses pontos. Afirmava que não se podia falar em inocência porque o processo penal não declara se alguém é ou não inocente, mas se ele é ou não culpado pelo crime do qual é acusado. Sobre a „presunção“, MANZINI afirmava que, tecnicamente, ela é „meio de prova indireta“ pelo qual se extrai um dado absoluto ou relativo de uma base de experiência comum. E, se há alguma presunção a se extrair da ‘experiência do processo penal’ concluía MANZINI, é a presunção de culpa, não de inocência, pois a maior parte dos acusados são, ao final, condenados⁸.

O pensamento da escola técnico-jurídica italiana exerceu forte influência sobre a confecção do Código de Processo Italiano de 1931, o qual, por sua vez, inspirou a inserção de

⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015, p. 56

⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado di diritto Processuale Penale Italiano*. 2ª ed. Torino: UTET, 1926, p. 221 e 226/227 apud MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸ Idem.

tal instituto em nossa regra processual de 1941 e na constituição italiana de 1948, a qual, noutro turno, teria influenciado o texto adotado pela Constituinte em 1988.

Em pesquisa aos anais da Constituinte, encontra-se que a inserção do princípio enquanto contemplador de uma não culpabilidade aparece em uma proposta de redação (a atual vigente) de autoria do constituinte José Ignácio Ferreira, o qual justifica o texto dizendo que “A proposta visa apenas caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”. Tal declaração subsidia mais ainda o entendimento de que há sim diferenciação entre os dois termos (o da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade), devendo-se primar para sua conceituação enquanto uma não culpabilidade.

Seguindo-se esta linha de pensamento, Mirabete declara que “A Constituição não presume a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’⁹. Também Candido Rangel Dinamarco quando pronuncia que “não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumido inocente”¹⁰.

Entretando, como assevera Barbagalo, há dissenso doutrinário em prol de se reconhecer sinonímia entre os conteúdos dos termos assinalados. Aponta o autor o posicionamento de Gustavo Henrique Badaró, o qual aduz não haver diferença relevante de conteúdo entre as terminologias “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” uma vez que os termos “inocente” e “não culpável” nada mais seriam que variações de natureza semântica, mas de repetida substância.

Para Badaró, as duas fórmulas seriam equivalentes de modo a ser pouco estimulante uma discussão que aparte as duas concepções, o que não repercutiria qualquer inovação quanto ao processo penal. O autor ainda faz severa crítica à diferenciação quando expõe a busca por tal diferenciação reflete a incessante postura reacionária um vão esforço de se tentar

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília; TJDFT, 2015, p. 58.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009, p. 24/34 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília; TJDFT, 2015, p. 58.

retornar a um processo penal com vistas exclusivas à defesa social, o que afirma ser incompatível com um Estado Democrático de Direito.¹¹

No ministério de Barbagalo, o reconhecimento de uma não sinonímia entre os termos inocência e não culpabilidade traz uma reflexão sobre estar-se diante de uma presunção propriamente dita ou de um *status* de inocência do acusado. Para o autor, tal diferenciação, apesar de não trazer contraste mas sim convergência, estebelece que no primeiro caso, o instituto dá uma maior ênfase a aspectos atinentes à disciplina probatória do processo, enquanto que no segundo caso, o que se tem em foco seria a questão do tratamento do acusado, evitando-se que o mesmo receba tratamento equiparado ao que receberia o culpado.¹² Para Pacelli, o estado de inocência seria uma garantia ao réu de um direito subjetivo de ordem pública de não ser submetido a um estado de condenado até antes do transitar em julgado o processo.¹³

2.1 A NÃO CULPABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Aponta ainda Roberto Delmanto Junior que o princípio da presunção de inocência fora incorporado ao texto constitucional por força de assinatura de tratado internacional, o Pacto de São Jose da Costa Rica, constituindo direito fundamental¹⁴.

Importante apontar que o princípio de presunção de não culpabilidade se encontra insculpido na Declaração de Direitos do Homem em seu artigo XI em qualidade de direito fundamental, estabelecendo que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁵

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal** - Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

¹² BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 65.

¹³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, 10ª Ed., p. 35.

¹⁴ DELMANTO JR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e sua duração**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 60/61 apud BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 58.

¹⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XI, §1. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em 31 de março de 2017.

Não somente devido à sua positivação em robusto diploma internacional, mas principalmente pelas suas características, permite-se concluir ser o princípio de não culpabilidade parte integrante do patrimônio de direitos fundamentais de que se vale todo ser humano com pretensões a uma vida digna. Esse imperativo da dignidade faz-se de conteúdo moral que legitima a limitação da atuação estatal, a qual fica adstrita ao respeito da pessoa humana. Como bem salienta Silva¹⁶, o princípio de presunção de não culpabilidade representa genuíno direito fundamental de primeira geração, estabelecendo normas de caráter negativo em prol de ideário de liberdade.

A relevância de se compreender o direito à presunção de não culpabilidade como direito fundamental pode ser contemplada sob o prisma dos atributos inerentes a esta categoria direitos. Ao redor deles, é que orbitam as demais normas do ordenamento. Nas palavras de Marmelstei, “A presunção de inocência, portanto, pela dimensão objetiva, é preceito informador e conformador das atuações públicas na produção, aplicação e interpretação do ordenamento jurídico”¹⁷. Constitui verdadeiro norte de edificação de nossas sociedades, sendo reconhecidamente universais e imunes a supressão, em respeito à doutrina do princípio da proibição do retrocesso social. Tanto é assim, que tal categoria de direitos encontra guarida em dispositivos constitucionais que a elegem como cláusula pétrea em nosso ordenamento.

2.2 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO-NORMA

Um dos pontos mais sensíveis quanto ao princípio de não culpabilidade diz respeito à conceituação do tipo de norma que fora exarada pelo constituinte originário. A atual teoria das normas jurídicas abriga nova visão paradigmática sobre a divisão de regras e princípios. Como ensina o professor Miguel Reale, até pouco tempo os princípios eram relevados apenas como critérios de interpretação de normas positivadas, servindo de norte para dirimir conflitos

¹⁶ SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. **O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades**. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 24.

¹⁷ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 330 *apud* SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. **O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades**. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 26.

entre dispositivos normativos ou para preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador, carecendo, assim, de normatividade¹⁸.

Somente com o pós-positivismo é que se passou a reconhecer uma função axiológica dos princípios, os quais passam a serem alçados ao mesmo patamar normativo, antes habitado apenas pelas normas positivadas, quais sejam as regras.

Em outras palavras, as regras (os dispositivos legais, *lato sensu*) e os princípios passam a serem espécies do gênero norma.

Assim, o reconhecimento do direito à presunção de não culpabilidade como princípio ganha relevância quando se analisam as diferenças entre os dois tipos de norma. Um dos aspectos dignos de nota é o apontado por Dworkin no que se refere às diferenças de orientações que os dois institutos oferecem para se decidir obrigações de natureza jurídica.

No caso das regras, estas são manejadas em sistema de tudo-ou-nada. Ou a regra é válida e, portanto, deve sua prescrição ser acolhida ou, no caso de invalidez, deve ser rechaçada em sua inteireza¹⁹. Já no caso dos princípios, estes constituem uma razão a qual deve ser conjugada com a de outros princípios a fim de se chegar à prescrição que melhor se adéqüe a uma situação específica. Em alinhamento a este entendimento, as lições de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²⁰

Diante do exposto, conclui-se que o direito à presunção de não culpabilidade deve ser interpretado como princípio. Como aponta Barbagalo, considerar o princípio de não

¹⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 93/96.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDFT, 2015, p. 62.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

culpabilidade como uma regra inviabilizaria todo o processo de persecução criminal já que impossível a convivência de dispositivos conflitantes. Conforme assevera Tourinho Filho, a expressão presunção de inocência não deve ser tomada ao pé da letra, caso em que se tornaria intoleráveis a formação de inquéritos e processos, além das próprias prisões processuais. Ao contrário, o princípio de presunção de não culpabilidade deve se entrosar harmoniosamente com outras normas, inclusive de índole processual, para que se chegue à melhor razão na solução de conflitos.

Outro aspecto de interesse para esta pesquisa é do tipo de presunção oriunda do princípio em estudo. Aponta Alexandra Vilela que a presunção em conotação técnica traduz a idéia de que um fato conhecido nos permite realizar uma idéia sobre fato desconhecido, de modo que deve haver uma probabilidade racional de que o fato presumido venha a ocorrer uma vez verificado o fato real²¹.

Assim, tecnicamente e diante das probabilidades penderem para a condenação, conforme a experiência nos ensina, não se pode dizer que se está diante de uma presunção em sentido técnico, seja ela uma presunção legal (advinda da lei) ou judicial.

Tal entendimento também se alberga na inteligência de Renato Barão Varalda:

A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico, diante da ausência de um sentido lógico de probabilidade, e da relação causal entre o fato real e o fato presumido, já que a maioria dos réus, provavelmente, será condenada. Também não é presunção judicial, por ser prevista constitucionalmente, nem tampouco presunção iure et iure, pelo fato de poder tratar-se de uma verdade interina, com a possibilidade de ser desvirtuada com prova em sentido contrário.²²

Ademais, conforme destaca Barbagalo, uma presunção pode ser de dois tipos, aquela em que não se pode contestar, sendo portanto absolutas (*praesumptiones juris et jure*), e outra passível de ser refutada, sendo assim relativas (*praesumptiones juris tantum*).

Por ofensa à lógica, não se pode considerar presunção absoluta a estatuída pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição, pois como poderia um juiz de primeira instância condenar alguém que em absoluto se presume inocente? Nesta esteira, também percorre a inteligência de Martins Batista ao dizer:

²¹ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra, 2000.

²² VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1ª Ed., 2007, p. 51.

A fórmula consagrada em nossa Constituição, portanto, tomada em sentido puramente literal não escapa à mesma crítica, por contrariar a lógica mais elementar. Diz o item LVII, do art. 5º, que ‘ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória’. Ora, a sentença condenatória com trânsito em julgado pressupõe necessariamente a sentença condenatória sem trânsito em julgado e esta, a seu turno, só pode ser prolatada se o juiz, mais do que presumir, tiver certeza de que o réu é culpado. Logo, é evidente que o réu deve presumir-se culpado antes da decisão condenatória com trânsito em julgado.²³

Desta monta, a presunção de não culpabilidade deve ser encarada como uma presunção de matiz ideológica, ou mesmo política. Nas palavras de Magalhaes Bolina:

A qualificação jurídica do princípio da presunção da inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal.²⁴

Assim, pensa-se melhor a questão ao considerar a presunção de não culpabilidade como sendo uma espécie de presunção relativa, apesar de política, muito embora coexistam posicionamentos divergentes refutando esta concepção, atribuindo ao instituto feições de ficção jurídica ou mesmo de uma verdade interina.

2.3. AS PRISÕES PROCESSUAIS E A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

No que tange à natureza das prisões, importante ressaltar que em nosso ordenamento há dois tipos de prisão previstos. A primeira é a prisão *ad poenam*, ou seja, aquela que decorre do apenamento irrecorrível, também referida por alguns autores como prisão-pena²⁵. A segunda é a prisão sem pena ou acautelatória, *ad custodium*, sem caráter executório. A primeira distinção que se deve fazer entre as duas formas de prisão, portanto, diz respeito à existência de sentença penal transitada em julgado, a qual deve estar presente no caso da prisão-pena. Já a prisão sem pena pode ser decretada em qualquer momento da persecução penal, seja na fase inquisitorial, ou já no curso da marcha processual.

²³ MARTINS BATISTA, Weber. **O princípio constitucional de inocência; Recurso em liberdade, antecedentes do réu.** Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII, 2004, p. 634.

²⁴ MAGALHÃES BOLINA, Helena. **Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2, da CRP).** Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. 70. 1994. p. 456.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 644.

Um segundo ponto de diferenciação repousa no escopo de cada instituto constrictivo. A prisão-pena tem por finalidade impor ao apenado o ônus legal previsto para os transgressores da legislação penal, tanto com vistas à sua punição efetiva como também à sua reintegração ao tecido social. Já a prisão sem pena visa dar utilidade ao próprio processo penal, assegurando que o mesmo opere sua função. A fundamentação da prisão sem pena é, assim, a cautelaridade.

Defende Antonio Scarance Fernandes²⁶ que expressão de melhor técnica para designar a prisão sem pena seria “prisão processual”, ao invés de prisão cautelar, posto ser termo de maior abrangência pois englobaria toda prisão decretada no curso de persecução penal e que não vise dar execução à pena inerente ao delito.

A primeira prisão de natureza processual a ser analisada é a prisão em flagrante delito. Apesar de parte da doutrina considerar a prisão em flagrante delito como uma prisão processual, Aury Lopes Junior entende que a medida se reveste de caráter pré-cautelar. Assevera o autor que o flagrante consiste em mais do que um *fumus commissi delicti*, havendo, nas palavras de Carnelutti²⁷, verdadeira chama que evidencia a combustão que é a transgressão da norma penal. Diante do inequívoco cometimento de crime outorga-se permissão até mesmo aos particulares para deterem o autor e apresenta-lo a autoridade competente.

Assim, afirma que no entendimento de Banacloche Palao²⁸, a constrição decorrente do flagrante não tem imediata ambição de garantir a finalidade do processo, mas de simplesmente apresentar o autor ao magistrado para este sim dispor de medida cautelar se assim entender. É medida precária, já que se justifica exatamente por sua brevidade. A conclusão a que se chega é, portanto, que não há possibilidade de manter-se alguém preso pelo fundamento da prisão em flagrante, já que sua decretação não constitui título judicial com tal poder. Aliás, é o que se depreende da leitura do artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

²⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 240.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.35 -36.

²⁸ Idem.

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Percebe-se da leitura do referido dispositivo a precariedade da prisão em flagrante, a qual encontra seu termo quando da decretação de prisão preventiva, reconhecendo o julgador que há *periculum libertatis*, quando da concessão de liberdade provisória ou mesmo em casos de relaxamento.

Importante ressaltar que atualmente se encontra em vigor a Resolução do CNJ nº 213 de 15/12/2015 a qual dispõe sobre a apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial no prazo de 24 horas, regulamentando a Audiência de Custódia. Trata-se de instrumento processual com escopo de salvaguardar os direitos do réu, dentre os quais se destacam o direito à integridade física e psicológica e a própria celeridade do processo e da decisão sobre eventual concessão de liberdade. Desde muito tal instrumento já era previsto em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil como o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 7º, item 5, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York.

Uma segunda modalidade de prisão processual é a prisão temporária, a qual encontra disciplina na Lei 7960/89. Tal instituto acautelatório tem sua instrumentalização no bojo do inquérito policial, quando é utilizado para assegurar o bom andamento das investigações inquisitoriais. Essa prisão sofre fortes críticas da doutrina por ser considerada como um alento às forças policiais que perderam o poder de prender para “averiguações” ou mera “identificação” de suspeitos após o advento da Constituição de 1988. Tal posicionamento estatui que o magistrado deve ponderar com a máxima cautela e comedimento antes de deferir este mandamento com claras vistas a não banalizar e perpetuar sua utilização dentro de uma ótica de cultura inquisitiva por remanescente no espírito de alguns agentes públicos de segurança pública.

Dentre as medidas cautelares de índole pessoal, encontra-se ainda a prisão preventiva. A prisão preventiva constitui constrição cautelar, sendo sua adoção vinculada à observação dos requisitos previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, qual seja, sua indispensabilidade para manutenção da ordem público ou econômica, para garantir a aplicação da lei penal ou mesmo para assegurar instrução criminal.

Nota-se, assim, a necessidade de observância de dois pressupostos à decretação da cautelar preventiva. O primeiro, segundo ilação de Aury Lopes Junior²⁹, seria o já mencionado *fumus commissi delicti* (e não o *fumus boni iuris*, conforme defendido pelos civilistas³⁰), pois o requisito se funda na probabilidade de ocorrência de infração penal. O segundo, como acima indicado, tem como base o perigo de que a liberdade do acusado possa frustrar a finalidade do processo ou mesmo seu normal desenvolvimento, ou ainda a própria ordem no seio da sociedade. Trata-se do que autores como Lopes Junior denominam *periculum libertatis*, segundo colacionado abaixo:

(...) para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indicar ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a sua liberdade realmente representa ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução³¹.

Importante salientar que a demonstração dos requisitos deve ser feita objetiva e pormenorizadamente pelo magistrado, evidenciando que a liberdade do réu de fato expõe a risco a ordem do público ou mesmo a saúde do processo, ou ainda a aplicação da lei penal. É vetada assim a simples invocação abstrata e sem conexão com fatos concretos e peculiares ao caso analisado para ensejar decreto de prisão preventiva.

Leciona Mirabete que dessa vinculação a que se adstringe a atuação do árbitro judicial, e diante ainda da natureza excepcional da medida, resulta claro que uma vez extintos os fundamentos reais que determinam a prisão preventiva, passando esta à desnecessidade ou inconveniência, deve ser revogada já que a medida não tem mais do que acautelar o processo³².

Importante ainda apontar que a doutrina aponta a famosa prisão para apelação, uma vez prevista no artigo 594 do Código de Processo Penal, ainda subsistindo na forma do artigo

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³⁰ SILVA, Alysson Pereira. **O Direito de Recorrer em Liberdade Após Decisão Penal Condenatória: a presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal**. Brasília, Centro Universitário de Brasília, 2010.

³¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 *apud* SILVA, Alysson Pereira. **O Direito de Recorrer em Liberdade Após Decisão Penal Condenatória: a presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal**. Brasília, Centro Universitário de Brasília, 2010.

³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001

637 do referido instituto normativo, o qual não reconhece efeito suspensivo ao recurso extraordinário de modo que este tipo de prisão mora no cerne da jurisprudência em estudo. É possível encontrar a prisão para apelar em diversos dispositivos de legislação extravagante, dentre as quais pode-se citar o artigo 59 da Lei 11343/2006 (Lei de Tóxicos), o artigo 2º, §3º da Lei 8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), artigo 9º da Lei 9034/1995 (Lei de das Organizações Criminosas) e o artigo 27, §2º da Lei 8038/1990, a qual tem por disciplina os procedimentos a serem adotados em processos no âmbito do Superior Tribunal de justiça e do Supremo Tribunal de Federal. Em todos estes casos, a prisão tem utilidade em impor a execução provisória de pena decretada sem sentença recorrível.

O ordenamento jurídico ostenta, portanto, perfeita coesão em permitir execução da pena sem trânsito em julgado, sendo tal fato reconhecido e aceito por parte da doutrina. Tal entendimento encontra morada inclusive em súmula de número 9 editada pelo Superior Tribunal de Justiça a qual estatui que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Segundo o autor Aury Lopes Júnior a prisão carente de sentença irrecorrível pode perfeitamente coabitar harmoniosamente o ordenamento junto do princípio de não culpabilidade desde que observados os princípios informadores das cautelares de natureza pessoal.³³

O primeiro princípio seria o que o autor intitula Jurisdicionalidade e Motivação³⁴, a qual se encontra consagrada no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, o qual estatui que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Leciona ainda que o referido princípio guarda íntima relação com princípio do *due process of law*, por exprimir imprescindibilidade do processo para que alguém seja preso.

Outro princípio seria o da Provisionalidade da prisão *ad cautelam*, o qual encontra raízes no artigo 316 do Código de Processo Penal, advogando em sentido de se revogar o

³³ SILVA, Alysson Pereira. **O Direito de Recorrer em Liberdade Após Decisão Penal Condenatória: a presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal**. Brasília, Centro Universitário de Brasília, 2010.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.19.

decreto aprisionante quando observada falta de motivos relevantes que o subsidiem. Nas palavras de Lopes Junior:

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico que tem sido pouco observado no sistema brasileiro. As medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.³⁵

Segundo o referido autor, a Excepcionalidade da medida constritiva prega que sua utilização deve se pautar pela imprescindibilidade e pela efetiva necessidade à salvaguarda dos fins do processo penal. Assim, seguindo-se uma razão semelhante o próprio escopo do Direito Penal, o uso da prisão processual segue a lógica da subsidiariedade, devendo somente ser utilizada como *ultima ratio*, evitando-se a banalização da prisão.

Por fim, o princípio da Proporcionalidade preceitua que o magistrado deve ponderar lógica e objetivamente sobre a prisão do acusado presumivelmente inocente ante o acervo probatório existente. Estatui:

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre os dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das conseqüências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.³⁶

Ante o exposto, percebe-se que a prisão em processo pendente de decisão com trânsito em julgado não configura afronta ao princípio de presunção de não culpabilidade já que há previsão tanto de prisões de natureza cautelar, as prisões processuais, quanto previsão expressa de prisões cujos efeitos se dão no interim de interposição de recursos, uma vez atendidos certos requisitos que exponham a necessidade da enclausuramento.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

3. A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em sessão ocorrida no dia 17 de fevereiro de 2016, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, pela denegação ao pleiteado no *Habeas Corpus n° 126.292/SP*, entendendo a corte pela possibilidade de início de execução de pena condenatória após confirmação da mesma em sentença de segundo grau, asseverando o Pretório que tal cumprimento de sentença não fere o princípio de não culpabilidade.

O referido *habeas corpus* fora impetrado contra decisão Superior Tribunal de Justiça, o qual denegou liminar em *habeas corpus* de sua competência. O conteúdo do referido remédio era o de combater mandado de prisão expedido pela segunda instância inferior, qual seja, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. O tribunal havia mantido condenação do impetrante após o mesmo ser apenado em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo cometimento de crime de roubo qualificado. Alegou a defesa afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e violação do princípio de inocência previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. A decisão do Ministro Presidente da Corte Superior fora assim fundamentado:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Votaram junto do relator os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurelio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Neste capítulo do trabalho, serão analisados os pontos sensíveis das linhas de argumentação trazidas pelos julgadores e que permitiram a nova mudança de paradigmas com que se enfrenta a problemática da execução provisória de pena e o princípio da presunção de não culpabilidade.

3.1 A EXTENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

A primeira linha de argumentação apresentada pelo relator do *habeas corpus* em tela adentra os problemas advindos da execução penal do ponto de vista do confronto entre a efetivação do escopo da jurisdição pública e a extensão do princípio da presunção de inocência. Afirmou o ministro Teori Zavascki que:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.³⁷

O primeiro ponto delicado da discussão delineada pelo Ministro Teori Zavascki trata do núcleo essencial do princípio de presunção de não culpabilidade enquanto direito do indivíduo. Conforme leciona Lima, o núcleo essencial do referido direito/princípio pode ser conceitualmente entendido como formado por três elementos, advindos de seu enunciado. Em primeiro lugar, todo acusado é presumido não culpável por simplesmente nascer imbuído

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

desta presunção. Em segundo lugar, quando o enunciado constitucional diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” estabelece uma condição e uma exceção para que o acusado seja considerado culpado, qual seja, a formação da convicção de culpa a partir das provas. A consequência desta observação é de que o ônus de se formar provas contra ao estado de inocência recai sobre a acusação, pois não faria sentido exigir prova a alguém que já goza de uma presunção a seu favor. O terceiro elemento, também advindo da segunda parte do enunciado seria o de que o estado de não culpabilidade somente pode ser alterado por pronunciamento do Estado.³⁸

A essência do referido direito/princípio irá produzir seus ramos precipuamente em torno da instrução do processo, efetivando um processo criminal racional e de cunho garantista, tendo como desdobramentos a obediência a outros princípios daí derivados como o do devido processo legal, do contraditório, a ampla defesa, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios considerados ilícitos, o princípio do juiz natural, direito ao conhecimento das provas produzidas, direito a não se manifestar no curso do processo.

Como já na primeira instância é formada convicção sobre a culpa do acusado, conferindo ao julgado os pressupostos para a condenação e, mais ainda, como o acervo probatório se cristaliza na segunda instância, é totalmente seguro dizer que a extensão do referido direito/princípio não mais se encontra ameaçado em seu núcleo essencial pois acabam as situações de formação de provas. A partir deste ponto, é perfeitamente conciliável a coexistência do referido princípio à execução da pena, uma vez que já se operou o duplo grau de jurisdição, encerrando-se a discussão material do crime a ser julgado.

Como já concluído anteriormente, a presunção de não culpabilidade encontra seu lugar em nosso ordenamento no mesmo assento dos princípios. Como princípio que é, deve ter sua existência em harmonia com outros estatutos normativos de igual patamar e, no caso, notadamente quanto aos valores inerentes à segurança do corpo social. Tendo-se em vista tal natureza há de se apontar a lição de Vilela, o qual aduz que

(a presunção de inocência) não é um valor absoluto, mas sim um princípio que terá de se conjugar com outros valores constitucionais, também relacionados com os direitos, liberdades e garantias dos

³⁸ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

cidadãos, como por exemplo, o da liberdade e da segurança, inscritos, entre nós, no art. 27, da CRP³⁹

Apona o relator precedente construído no âmbito daquela mesma corte extraordinária a qual assentou que a presunção de inocência não obsta a constrição física decretada em acórdão decorrente de sentença condenatória apelada. (HC 68.726-Rel. Min. Néri da Silveira), É o que se segue:

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.

Aqui cabe fazer apontamentos sobre como a doutrinária trata a natureza jurídica de sentenças penais passíveis de recursos. No que toca à processualística civil, também há discussão de estudiosos acerca da sentença sujeita a ser recorrida. Alguns delimitam o raio de ação da sentença em primeira instância a uma mera situação jurídica, como se depreende da lição de Pontes de Miranda ao teorizar que:

A sentença de que cabe recurso e de que ainda pode ser interposto, apenas constitui apresentação da prestação jurisdicional e não, entrega. Essa só ocorre quando não cabe ou não mais cabe recurso ou quando já não cabe, ou a lei não o dá, de decisão que a confirmou ou reformou. A entrega, portanto, da prestação jurisdicional somente ocorre na última decisão.⁴⁰

No entanto, para outros doutrinadores, os efeitos da sentença variam a depender dos recursos aos quais são submetidas. Nas palavras de Marques:

³⁹ VILLELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal. Coimbra:Coimbra Editora, 2005, p. 93

⁴⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Borsói, 1957, p. 203.

Os resultados dessa situação jurídica dependem dos efeitos que o recurso for recebido. De modo geral, são os recursos recebidos com efeitos suspensivos e por isso a imperatividade da decisão tem raio de ação muito estreito e restrito. Quando porém o recebimento do recurso é apenas de caráter devolutivo, a decisão produz efeitos regulares, é um ato imperativo, enfim, que só será substituído quando outra decisão for pronunciada no juízo ad quem.⁴¹

Segundo Barbagalo, uma vez que o magistrado emite sentença condenatória, esta passa a integrar o universo jurídico, representando verdadeira manifestação da jurisdição e, portanto, apta a surtir seus efeitos. Nesta mesma linha, Liebman dissertava:

Por certo o juiz, ao decidir, pode cometer erros, e é esta uma hipótese que a lei prevê e considera, estabelecendo uma série de garantias e de remédios para evitar e reparar os erros; mas até que não se lhe demonstre a contrariedade com o direito, deve a sentença reconhecer-se como aplicação válida do poder jurisdicional.⁴²

Assim, há de se considerar que o ato decisório do magistrado se reveste de uma validade presumida e, enquanto não reformada por instâncias superiores, deve ser reconhecida sua imperatividade.

Se já imperativo o acolhimento da decisão exarada em primeira instância, que dizer então do acórdão? Após uma decisão emitida por um grupo de julgadores, os quais se debruçam sobre o acervo probatório e lançam nova decisão, esta agora qualificada pelo colegiado.

Justamente, essa ponderação é feita pelo nobre ministro relator, ao declarar que a presunção de inocência deve ser relativizada quando em oposição à força da sentença condenatória:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.⁴³

⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I., Campinas, São Paulo: Millennium, Revista e atualizada por Eduardo Reali Ferrarri e Guilherme Madeira Dezem, 3ª atualização, 2009.

⁴² LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 138. apud BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDF, 2015, p. 62.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <

Importante ainda salientar que ao provocar-se instancias superiores para reexaminarem a matéria submetida a julgamento, estes emitem uma decisão própria e não uma mera chancela da sentença primeira. No entender de Barbosa, “o julgamento proferido pelo órgão ad quem necessariamente substitui a decisão recorrida, nos limites da impugnação”⁴⁴.

O que acontece, então, é que em caso de acolhimento da tese recursal e provimento do recurso, emite-se nova decisão com teor diverso ao da sentença recorrida, ao passo que no caso de desprovido o recurso, declara-se nova decisão, sendo esta de teor igual ao da anterior. Nesse sentido, aponta Marques:

Na apelação plena, a decisão de segundo grau substituirá a decisão apelada. Donde concluir-se que a decisão do juízo ad quem, na apelação, ‘èl’única sentença che decide la causa,’ ainda que confirme a sentença apelada, pouco importando que o acórdão emanado do juízo de recurso adote iguais fundamentos aos da sentença recorrida.⁴⁵

Ora, se é uma nova decisão, não há de se entender que os efeitos da sentença anterior estariam suspensos à espera de confirmação. Diante de nova sentença, esta passa a surtir efeitos próprios. Tal fato se evidencia, quando no curso do processo em instancias inferiores, há toda uma gama de decisões de conteúdos diferentes, desde cautelares como a prisão preventiva até apreensão de bens e compensação patrimonial das vítimas.

Ainda com relação ao tema, é imperioso ressaltar que o cumprimento da sentença passível de ser recorrida encontra relação (como já dito em tópico anterior neste estudo) à própria eficácia da lei penal. Aponta o Ministro barroso em seu voto que:

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,⁴⁶

E ainda prossegue em sua explanação:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

⁴⁴ Barbosa Moreira, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense. 2000, p. 128.

⁴⁵ Elementos de Direito Processual Penal, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Vol. IV. 2ª ed., Campinas: Millennium, p. 268.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).⁴⁷

Insta salientar ainda que, conforme já realçado, o princípio de presunção de não culpabilidade, por se tratar de princípio em sentido estrito, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, pode e deve ser mitigado ante a natureza probante do trabalho de investigação do juiz. Nesse sentido, o ministro Barroso:

[...] na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.⁴⁸

Ainda sobre a natureza principiológica da presunção de não culpabilidade, salienta o Ministro Fachin que:

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.⁴⁹

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

Por todo o alegado acima, conclui-se que a execução provisória não fere o núcleo essencial do princípio constitucional de não culpabilidade, sendo inclusive racional sua mitigação frente a outros princípios.

O momento de petrificação da convicção se dá no âmbito das instâncias de primeiro e segundo grau, quando se exaurem as análises sobre fatos e formação de provas, ocorrendo o chamado duplo grau de jurisdição. Não há, portanto, porque se considerar inalcançável a constrição determinada por decisão emanada por juiz uma vez que o poder jurisdicional se encontra em plenas condições de ser exercido, já que observadas todas as garantias ao direito do acusado no curso do processo sob a vigilância do magistrado. Este é inclusive o requisito estabelecido pelo Constituição ao estatuir que nenhuma pessoa será processada ou sentenciada senão pela autoridade competente.

3.2 O PROBLEMA DA SISTEMÁTICA RECURSAL

Segundo lição de Humberto Theodoro⁵⁰, o recurso, tratando-se de direito processual, pode ser definido como o meio de natureza impugnativa capaz de provocar, no bojo de uma relação processual em lide, o reexame de um decreto decisório exarado pela mesma autoridade judiciária ou ainda por outra em grau hierárquico superior com vistas à reforma, invalidação ou mesmo esclarecimento desta decisão.

Sempre se apontou a processualística atinente aos recursos do ordenamento brasileiro como um dos fatores responsáveis pela morosidade da prestação jurisdicional quando se alia sua sistemática ao pensamento de que somente a coisa julgada poderia impor execução.

Conforme aponta Meneguín *et al*⁵¹, o legislador civilista, já percebendo a morosidade para que se operem os efeitos da sentença e o quão danoso isto pode representar para as partes, passou a prever exceções para permitir efeitos executórios antes da obtenção de uma decisão imutável. Apontam como exemplo o caso das cautelares para os casos em que a morosa tutela jurisdicional oferece riscos de danos irreparáveis ou de difícil reparação. Saliente-se o fato de que são exceções previstas em lei.

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. V. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁵¹ MENEGUÍN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S.; BUGARIN, Tomas T. S. **Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do processo.** Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2011

Antes da edição da Lei 11.719/08 vigorava o artigo 594 do código de processo penal o qual dispunha que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Após vários embates doutrinários e jurisprudenciais o STF, em sede de julgamento do Habeas Corpus 84495/SP decidiu pelo descabimento de recolhimento prisional para se poder apelar de modo a reforçar o quão excepcional deve ser a prisão antes do transito em julgado.

No curso da marcha processual penal há vários recursos à disponibilidade do réu. No geral, se encontram regulamentados no âmbito do Código de Processo Penal. São enumerados os recursos em sentido estrito, apelação (ou recurso em *lato sensu*), embargos de declaração, embargos infringentes, de nulidade, a revisão criminal, a carta testemunhável e o recurso extraordinário. Além desses constantes do diploma processual, existem o recurso especial, o mandado de segurança, os embargos de divergência, agravos, e também a polêmica correição parcial. Embora não constem no CPP, possuem determinação constitucional em hipóteses indicadas conforme lecionado por Meneguín *et al.*⁵².

O recurso em sentido estrito se presta à impugnar decisões do juízo de primeira instância, permitindo-se que o mesmo exare novo pronunciamento antes que o julgamento seja levado a uma instância de nível hierárquico superior. As decisões passíveis de impugnação pelo recurso em sentido estrito se encontram enumeradas no rol do artigo 581 do Código de Processo Penal. Parcela majoritária da doutrina e também da jurisprudência pátria entende ser tal rol taxativo, não admitindo outras possibilidades, enquanto que alguns autores entendem ser o rol apenas exemplificativo.

O recurso de Apelação se consubstancia em pedido endereçado à instância superior em que se pugna pelo reexame de decisão definitiva ou com vigor definitivo proferida pelo juiz singular ou pelo Tribunal do Júri. As situações previstas para manejo de tal recurso encontram previsão no artigo 593 do diploma processual. O escopo, portanto, do recurso de apelação é o de substituir o a sentença que faz o recorrente sucumbir pela decisão de novo juízo. Saliente-se a amplitude deste recurso uma vez que todo o procedimento realizado em instância inferior se torna de conhecimento do novo julgador.

⁵² MENEGUÍN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S.; BUGARIN, Tomas T. S. **Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do processo**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2011

Os embargos de declaração, previstos nos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal, são recursos com vistas a elucidar pontos de dúvida em uma decisão ou mesmo descaracterizar equívocos do julgador quando às suas fundamentações. Servem para impugnar ambigüidades, incoerências entre partes de uma sentença, seja na argumentação ou mesmo na síntese de idéias do julgado, ou ainda para afastar obscuridades ou falta de clareza dos textos da sentença. Servem ainda para tratar de omissões do julgador, já que o mesmo deve apreciar todo pleito levado ao seu conhecimento.

Além da figura dos embargos de declaração, existe ainda a possibilidade de se opor embargos de nulidade e embargos infringentes. Os primeiros versam sobre nulidades processuais e têm como alvo decisões de segunda instância. Já os embargos infringentes têm como escopo atacar decisões não unânimes de órgãos colegiados. A esteira legal destes institutos se encontra no artigo 609 do CPP.

Embargos de divergência, cuja regulação se encontra em regimentos dos tribunais, tem como objeto de impugnação a divergência existente entre Turmas, Seções ou Plenários diversos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O recurso de agravo constitui meio apto ao ataque de decisões interlocutórias. Aparece em nosso ordenamento na figura dos agravos retido e de instrumento, existindo ainda o agravo regimental ou interno, quando a decisão a ser recorrida é monocrática, o que leva o mesmo a ser apreciado por órgão colegiado, tendo sua tramitação regulada pelos regimentos internos dos tribunais em que corre a apreciação.

A carta testemunhável, a qual se encontra disciplinada no artigo 639 do código de Processo Penal tem como objetivo garantir o conhecimento e a análise de um recurso interposto. Foca decisão que não conheça ou que simplesmente obste a prosseguimento de recurso à instância hierarquicamente superior.

A revisão criminal, uma ação autônoma de impugnação, se encontra regulada nos artigos 621 a 631 do CPP e tem como escopo combater uma condenação pleiteando sua anulação. Sua impetração sempre foca o interesse do réu, jamais da sociedade.

Também na qualidade de ação autônoma, o *habeas corpus*, remédio constitucional previsto no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LVIII, e no diploma processual, artigo 647 e 648, se presta a conceder liberdade (ou garanti-la previamente) sempre que alguém tiver

sua livre locomoção restrita por ilegalidade ou abuso de poder. Conforme aponta Nucci, se trata de um instrumento de asseguarção de direitos fundamentais, podendo inclusive ser impetrado para desfazer a força de decisão qualificada pelo transito em julgado.

Na mesma esteira de remédios constitucionais, a Constituição prevê ainda a figura do mandado de segurança como forma de se proteger direito liquido e certo (artigo 5º, inciso LXIX da Constituição), nos casos de desamparo por *habeas corpus* ou *habeas data* e de ilegalidade professada por autoridade pública ou qualquer entidade investida de atribuições do Poder Público. Por não ter natureza de recurso propriamente dito, conforme lecionado por Mirabete, possuindo natureza de ação civil e garantia constitucional, sua decisão tem execução imediata e satisfação *in natura* ao dever cominado ao impetrado⁵³.

Conforme pontua Nucci⁵⁴, o Recurso Extraordinário serve como instrumento para se garantir a harmonia da aplicação normativa infraconstitucional face à Carta Magna de nosso país, blindando-a contra decisões proferidas em casos concretos no âmbito da jurisdição. Inspirado no Judiciary Act dos EUA em 1878, o fundamento deste recurso excepcional seria o conflito entre diploma infraconstitucional e com o texto da Constituição ou mesmo entre dois dispositivos constitucionais⁵⁵. Já o Recurso Especial se predestina ao STJ e tem como fim a preservação da harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional por meio da uniformização da jurisprudência em âmbito federal.

Não se pode deixar de perceber que a discussão em sede de recursos Especial e Extraordinário se preza a tão somente garantir a higidez da interpretação da legislação federal e a imperativa hegemonia de normas constitucionais, não havendo reverência direta ao interesse das partes, o qual é tutelado remotamente. Como assevera Tucci, em citação de Barbagalo, a tutela do interesse subjetivo do litigante deve ser realizada por meio do manejo de recursos ordinários, os quais já são aptos a ensejarem duplo grau de jurisdição⁵⁶. Por este motivo, considera-se que a matéria de ordem fática se petrifica nas instâncias ordinárias, não sendo objeto de recursos excepcionais. Esta é inclusive a inteligência das súmulas nº 279 do STF e nº 7 do STJ.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. Atlas, 2005.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 2007

⁵⁵ MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S.; BUGARIN, Tomas T. S. **Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do processo**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2011

⁵⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015

Acentua Barbagalo⁵⁷ que o Código de Processo Penal, em seu artigo 637 (no tocante ao recurso extraordinário), o Código de processo Civil em seu artigo 542, § 2º e a Lei 8038/90, em seu artigo 27, §2º, vedam efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, inteligência cristalizada pela Súmula 267 do STJ, a qual dispõe que “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Entretanto, afirma o autor, tal entendimento, uma vez pacificado, passou a ser revisitado pelo STF e em 2009, no bojo do HC 84.078, firmou-se entendimento pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Após modesto excuro pelas vias recursais previstas em nosso ordenamento, percebe-se que existem vários e vários instrumentos de que se pode valer um acusado para adiar o fim de um processo, o que aliado a uma interpretação de impossibilidade de execução antecipada da pena, permite que esta seja protelada, seja pelo truncamento do processo ainda em fase probatória seja após a mesma, ainda que cristalizada a formação de culpa lastreada em provas.

Tal tese de abalroamento de processos criminais encontra guarida em análise das estatísticas judiciais oficiais, em especial apreço ao Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo informa tal relatório para o ano de 2015, consta o ingresso na Justiça Estadual de 2,8 milhões de novos casos de natureza criminal, sendo que 1,8 milhão (65,9%) na fase de conhecimento em primeira instância, 439 mil (15,8%) na fase de execução em primeira instância, 17 mil (0,6%) nem turmas recursais e 493 mil (17,7%) na segunda instância.⁵⁸

Os casos novos em segunda instância equivalem a aproximadamente 21,3% do total nesta instância, dos quais, 63,3% em forma de recursos (311.793 processos). Nas turmas recursais, casos novos na modalidade de recursos equivalem a 91,8% dos casos.⁵⁹

Salienta o relatório que no que tange a casos de processos criminais pendentes, ao final de 2015, havia, na Justiça Estadual, cerca de 7 milhões de processos. Destes, 5,6 milhões

⁵⁷ BARBAGALO, Fernando Brandini. Ob. Cit.

⁵⁸ **Justiça em números 2016: ano-base 2015**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p130.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 130.

(79,3%) estavam pendentes na fase de conhecimento, 1,2 milhão (16,4%) na fase de execução, 11,9 mil (0,2%) nas turmas recursais e 288 mil (4,1%) no 2º grau.⁶⁰

Conclui-se que há um alto o número de processos cuja execução carece de se realizar, sendo também alto o número de processos em turmas recursais. Conforme aponta ainda o estudo, ao fim do ano de 2015, havia cerca de 1,1 milhão de execuções penais em pendência, havendo um gradativo aumento das execuções desta natureza desde o ano de 2009, em total de 439 mil processos em 2015.⁶¹

Tal fato pode ser explicado não somente por questões relacionadas à demora da instrução dos processos, ou mesmo o manejo de recursos, mas também por outros institutos de que se utilizar o réu para evitar a boa marcha processual.

Seguindo a linha de pensamento de que a liberdade deve ser a regra e não exceção, prevê-se o instituto da liberdade provisória, a qual permite ao acusado responder ao processo em liberdade. Tem sua aplicação em casos de crimes menos graves, sendo compatível com a prisão decorrente de pronúncia, a prisão em flagrante ou mesmo a decorrente de decisão recorrível.

Pode ainda o réu argumentar sobre ilicitudes ou ausência de formalidades no bojo das prisões podendo pleitear o seu relaxamento para que também em liberdade responda as acusações.

Aponta, ainda o livramento condicional, aplicado quando a condenação à pena restritiva de liberdade seja igual ou superior a dois anos (vide artigo 83, caput do Código Penal). Havendo bons antecedentes, exemplar comportamento em âmbito carcerário....

Este breve panorama dos recursos no direito processual serve para expor quão numeroso é o arsenal de que dispõe o acusado para adiar o cumprimento de sentença condenatória, não somente atrasando a marcha processual, mas mesmo revisando o processo ou pleiteando a liberdade enquanto é processado. Essa ampla disponibilidade de meios para provocar indiscriminadamente a jurisdição acaba por desvirtuar o escopo dos recursos no âmbito do processo, uma vez que sua utilização é deliberadamente instrumentalizada para tão somente atrasar o cumprimento das decisões judiciais. É de se concluir que o reconhecimento

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

de uma incompatibilidade entre a execução da pena sem trânsito em julgado abre uma brecha para o uso indiscriminado de recursos com viés eminentemente protelatório.

3.3 A TEORIA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE

Sem dúvida alguma, o pensamento jusfilosófico de Dworkin exerce ainda hoje grande influência na construção da hermenêutica jurídica, lançando sua luz tanto nas produções doutrinárias e legislativas bem como no mundo da própria jurisdição.

No início de seu livro *O Império do Direito*, o autor lança sua problematização que irá formar a base de seu projeto filosófico sobre a moralidade e o direito. É a indagação do pensador:

Uma vez que é importante, como se vê nesses diferentes casos, o modo como os juízes decidem as causas, também é importante saber o que eles pensam que é o direito, e, quando divergem sobre este assunto, o tipo de divergência que estão tendo também, importa. Há algum mistério nisso? Sim, mas precisamos de algumas distinções para saber qual é esse mistério.⁶²

Essencialmente, Dworkin diverge do positivismo proposto por Hart, a qual defende o entendimento de que o direito se diferencia da moral uma vez que o direito é visto como mera questão de fato, o produto concreto da produção legislativa. Para Dworkin, direito e moral são indissociáveis, sendo o direito um conceito interpretativo, encontrando-se seu sentido na prática argumentativa. Assim, a divergência quanto ao direito tem natureza eminentemente teórica, e não tão somente quanto a questões referentes à fonte contemplada.⁶³

Diante desta crítica ao positivismo, o direito passa a ser encarado como não somente um conjunto de regras, surgindo agora outro parâmetro de interpretação da norma, os princípios (em sentido lato), os quais abarcam os princípios, estritamente falando, e as diretrizes políticas. Por esta visão de direito associado à moralidade, não uma moralidade individual, mas aquela guardada nos anseios do corpo social, uma moralidade política, as normas têm uma justificação social.

⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

⁶³ MAGALHÃES, Breno Baía. **A Concepção de Direito em Hart e Dworkin: análise do atual estágio da discussão entre os autores e impactos na jurisprudência nacional**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009.

Para o autor, os princípios prescreveriam direitos, contemplando uma demanda de justiça, equidade, e devido processo legal (além da moralidade), enquanto que as diretrizes políticas conclamam o alcance de determinados objetivos, os quais se alinham às necessidades de progresso econômico, política ou socialmente considerado desejável. Assim, do ponto de vista do autor, a investigação das normas do Direito é uma interpretação social construtiva, de modo que o intérprete deve se manter atento ao condicionamento histórico, mas adotando posicionamento crítico em busca do propósito.

Assim, a teoria do direito como integridade de Dworkin se contrapõe a duas correntes conceptivas do que é o Direito: o convencionalismo e o pragmatismo.

O convencionalismo compreende que as práticas jurídicas devem se adstringir às convenções pretéritas e em vigor no seio social. Assim, o julgador ou intérprete deve se ater à história da construção do conhecimento jurídico, à legislação enquanto estandarte dessa história, e da sedimentação de julgados semelhantes para então poder extrair a norma a ser fixada no caso julgado. Caso o direito não seja claro o suficiente, estaria então o magistrado em risco de recorrer ao livre arbítrio para resolver o conflito. Para Dworkin, tal reverência ao passado peca ao não se importar com a questão da legitimação do direito.⁶⁴

Já a corrente do pragmatismo não volta seus olhos para a história e ao passado mas, em posição cética quanto aos princípios, direitos e à moral, busca no futuro a maximização da qualidade de vida da comunidade. Tal utilitarismo acaba por relegar também, e em medida até maior, o juízo do magistrado aos seus arbítrios na busca da máxima felicidade.

Assim, Dworkin vê no reconhecimento da integridade como uma virtude um melhor caminho no desvendo daquilo que conduzirá o julgador a encontrar a resposta certa na solução de conflitos.

A integridade assim seria um compromisso político entre as pessoas da comunidade e a Constituição (e o Estado), as quais irão compartilhar ideais e princípios, resolvendo os problemas das teorias convencionalistas e pragmáticas, em sincretismo com o melhor das duas. Assim, deve o juiz agir coerentemente e em atenção aos princípios da comunidade moral, mas em constante crítica contra a tradição desgarrada da realidade social.

64 PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. **Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41027&seo=1>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

O voto do ministro Luiz Fux exemplifica este pensar e traz mais proximidade entre a teoria e a práxis diária. Alegou o julgador:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena.⁶⁵

E acrescenta o ministro ao abordar a disparidade entre precedentes de tempos distintos:

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.

Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: '[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.'⁶⁶

A integridade na visão de Dworkin não seria somente a coerência do ordenamento jurídico, mas uma experiência de desvendar a norma pública à luz da comunidade enquanto um sistema único de valores e experiências, decidindo-se pelos princípios mais basilares dessa organização social. Esta sim é a verdadeira forma de se atingir a equidade como forma de se legitimar a força coatora das normas. (2007)

Diante da dicotomia entre princípios propriamente ditos, conforme já exposto, e as diretrizes políticas, é possível ao magistrado impor convicções políticas que acredita advir de uma interpretação do fenômeno cultural e político da comunidade. Nesse ponto, a teoria de Dworkin viabiliza a discussão política no âmbito dos tribunais ao passo que a mesma, a fim de se afirmar o direito, é pautada pela observação da complexidade social, devendo a decisão

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

a ser emanada estar alinhada a uma visão coerente, coesa e imparcial quando às virtudes da justiça enquanto equidade.

3.3.1 INTEGRIDADE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Evidentes consequências da orientação filosófica de Dworkin se nota nas decisões dos magistrados no curso deste julgado.

Importante passagem do julgado é o que perpassa a questão da mutação constitucional, conforme elucidada no voto do ministro Luis Roberto Barroso.

Apesar da Constituição possuir vocação para a permanência, o que a protegeria da política ordinária, sua modificação pode se dar por vias de caráter formal e informal. Formalmente falando, a alteração dos normas maiores se manifesta por meio da reforma constitucional via processo legislativo próprio, o que resulta em uma rigidez de seu texto. A segunda via, a informal, se processa por meio da mutação constitucional.

Como enuncia o magistrado, a mutação constitucional é instituto de alteração do sentido e alcance nas normas da Lei Maior sem que necessariamente se passe pela modificação textual do diploma. Tal modificação pode ter sua origem tanto na mudança da realidade quanto na própria mentalidade do Direito quanto ao que é justo ou ético. Conforme já lecionou em obra de própria autoria:

A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional dar-se-á, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.⁶⁷

Para o autor, a interpretação constitucional, a qual é, via de regra, levada a cabo por órgão públicos é considerada a forma mais comum de se atualizar as normas constitucionais para que melhor se sintonizem com as demandas do tempo presente.

⁶⁷ Barroso, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159/160.

A realidade apontada pelo ministro é a das consequências que a impossibilidade da execução provisória trouxe para o tecido social. A primeira manifestação negativa dessa impossibilidade é o abalroamento das vias excepcionais por recursos de natureza meramente protelatória, sabidamente desprovidos de forte direito a ensejar sua impetração. Menciona o ministro que tal fato se evidencia pelo dado estimativo de que apenas 1,5% dos recursos extraordinários são providos em favor do réu.

A segunda distorção provocada por tal impossibilidade é a questão relativa ao acesso à justiça precário do cidadão pouco abastado. Ora, dispendioso é o contrato junto a profissionais do direito, ainda mais para a elaboração de peças voltadas às cortes de mais alto prestígio na estrutura judiciária. Essa capacidade de recorrer somente beneficia aqueles dotados de elevado poder econômico que se fazem valer dos recursos para postergar a execução da pena certa, muitas vezes encontrando refúgio na prescrição. Enquanto crimes de mais alto impacto na economia comum se vêm livres de responsabilidade, as classes menos favorecidas acabam por serem as únicas a serem efetivamente punidas, o que fere de morte a equidade do sistema penal. Esta discrepância trará repercussões negativas conforme me debruçarei a seguir quando da análise de teorias de Criminologia Crítica.

Aponta ainda o magistério de Barroso que o terceiro efeito desta visão conservadora (a da impossibilidade de execução provisória) põe em xeque a própria justiça penal e a integridade deste ramo do ordenamento. Tanto o expressivo número de processos que sucumbem à prescrição quanto os que formam verdadeiro abismo temporal entre o cometimento do crime e a efetiva punição em caráter definitivo afastam a efetivação da norma penal, obstaculizando o direito penal de cumprir sua função em tutelar os bens essenciais à sociedade.

Sintetiza Barroso:

Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.⁶⁸

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

O novo posicionamento, assim, encontra sua justificação no novo paradigma da adequação do direito à realidade social, perfeito alinhamento à teorização de Dworkin.

3.4 A UTILIDADE DA PENA: UM ASPECTO PRAGMÁTICO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Nas lições de Santoro, “a execução penal é realização de sanções penais, isto é, do direito material”⁶⁹, afirmando que sob tal prisma a execução se realiza no âmbito de direito substancial. Além disso, quando se vincula a execução a um título executivo (a sentença), o instituto da execução criminal toca o ramo do Direito Processual Penal. Ao adentrar a execução propriamente dita, percebe-se a preponderância de atuação do Poder Executivo na administração do sistema punitivo, comunicando-se a execução assim ao Direito Administrativo. Sendo assim, declara o autor que

Quanto ao caráter da execução, se se trata de instituto pertencente ao direito penal substancial, ao direito processual penal ou ao direito administrativo, hoje não há mais dúvida na doutrina que deita suas raízes nas três áreas.⁷⁰

Segundo conceituação de Roberto Gomes Lima e Ubiracyr Perales, a execução pode bem ser entendida como:

Como o conjunto de normas e princípios de natureza complexa, isto é, de direitos: constitucional, penal, processual penal e administrativo, que regulam e ensejam a concretização das sentenças condenatórias ou das que impuseram medidas de segurança, aos condenados, internados ou sujeitos a tratamento ambulatorial, respectivamente.⁷¹

Desta multidisciplinariedade em que a execução penal se encontra envolta, imperativo reconhecer que a mesma não será regida tão somente por normas de natureza eminentemente criminal, mas advindas de ramos jurídicos diversos, tanto no que tange a dispositivos legais (em sentido lato) quanto aos princípios inerentes a cada um. Assim, quando observado o escopo do direito criminal este será diretriz para a execução da pena contanto que em consonância com todas as regras sobre a dignidade do apenado. Esse cotejamento de normas, as quais devem conviver em harmonia no bojo da execução, nos permite auferir que a

⁶⁹ Santoro, A. **L'esecuzione penale**. Torino, 1953 – Fondamenti dela esecuzione penale. Roma, 1932 *apud* ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁷¹ LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. **Teoria e Prática da Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1. *apud* SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. **O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades**. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.

execução provisória de uma sentença deve estar amparada por um arcabouço principiológico resultante de um ordenamento jurídico coeso e alinhado aos anseios políticos contemporâneos.

Nesta linha, a artigo inaugural da Lei de Execuções Penais preceitua que a “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Evidencia-se pelo excerto que além da prevenção geral (quando o exemplo dado pelo apenado é dirigido pedagogicamente aos demais membros do grupo) a execução penal tem por finalidade realizar a chamada prevenção especial, ou seja, ressocializar o transgressor da norma penal e permitir sua reinserção no seio social. Importante consideração é a feita pela ministra Ellen Gracie ao alegar:

[...] qualquer país democrático precisa ter repressão ao crime. É preciso que haja consequência para o delito, que o direito penal seja efetivo. No entanto, quando for aplicada a pena é necessário que o sistema prisional cumpra sua finalidade de ressocialização. As penas não existem apenas para punir. Elas devem preparar a pessoa para que saia em condições de ser reabsorvida pela sociedade. E isso não acontece até hoje.⁷²

Da leitura do dispositivo vislumbra-se ser dual a função da pena, percebendo-se que um de seus escopos é tornar efetiva a decisão exarada pela condenação, realizando-se assim o direito penal material, proporcionando a própria resposta do Estado quando do cometimento de ilícitos pelo particular, violando regras de interesse público.

Pondera Tucci sobre o direito estatal de punir:

Considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública⁷³

Segundo Tourinho Filho: “não se pode negar o caráter instrumental do Direito Processual Penal, porquanto, constitui ele um meio, o instrumento para fazer atuar o Direito material”.

⁷² Ellen Gracie. Entrevista [31 de agosto de 2011]. São Paulo: Revista Veja, edição 2232, ano 44, nº 35, p.19-23. Entrevista concedida a Carlos Graieb e a Paulo Celso Pereira.

⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

Assim, ante a natureza dual da finalidade do processo penal, ramo do direito inegavelmente umbilicado à execução da pena, há de se questionar sobre a o papel da penalização quanto à efetivação do direito penal. A importância de tal discussão é evidenciada o Maria Fernanda Palma ao estaurir:

O Processo Penal, porém, fora desse estrito modelo normativo, tem, inelutavelmente, um papel condicionado pela função punitiva do Estado (através de medidas de coação, dos interrogatórios do arguido, dos meios de obtenção de provas e do próprio julgamento). Até que ponto as funções da pena estatal condiciona o Processo Penal conferindo-lhe um papel de controlo pré-punitivo da perigosidade e até que ponto a intromissão dos fins do Direito Penal no Processo Penal é legítima num Estado constitucional?⁷⁴

A ineficiência do direito penal em fazer cumprir as regras que visam a proteger os bens jurídicos essenciais ao corpo social faz emergir perigosa situação de descrédito ao direito, o que acaba por pô-lo em risco de ser visto como ilegítimo. Nesse contexto, torna-se o ambiente mais propício a desrespeito das normas e à própria higidez do ordenamento, principalmente no que tange aos direitos individuais. Nesse sentido, Palma:

A pergunta é até onde é legítimo que o Processo Penal desempenhe uma função político-criminal relativamente semelhante à da pena, sem condenação antecipada do arguido e sem que as intervenções do Estado correspondam à aplicação de verdadeiras medidas de segurança pré-condenatórias, impõe-se a seguinte resposta: até ao ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reacções privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano do diálogo entre o arguido e a sociedade.⁷⁵

Entendo que esse deve ser o pano de fundo da análise sobre a constitucionalidade da execução provisória ante sentença condenatória carente de trânsito em julgado, qual seja, o da efetivação do direito penal quando imerso na matriz constitucional de nosso ordenamento.

A questão da efetividade do Direito penal fora diversas vezes levantada pelos ministros durante as discussões desse julgado. Conforme chama à atenção o ministro Barroso, evidente é que em nosso país a legitimidade de nosso ordenamento penal tem sido enfraquecida ante uma sensação popular de impunidade. Não somente as leis tombam por descrédito, como também as instancias jurisdicionais inferiores, sobretudo o juízo de primeiro grau, passam a serem vistos como ineficientes.

A necessidade de se resgatar a higidez do direito penal enquanto realizador de bem estar social não deixa de passar por uma análise utilitarista do direito. Ao se contrapor o

⁷⁴ PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal. in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 41.

⁷⁵ Idem. p. 41.

direito a ter tratamento com esteio em uma presunção de não culpabilidade (ou inocência) e a preocupação com a efetividade do Direito Penal sob prisma de proteção social, imperativa é a ponderação sob um ponto de vista eminentemente utilitarista.

Para Jeremy Bentham, o papel do Direito sob a ótica do utilitarismo seria assim a maximização da utilidade geral em uma sociedade.⁷⁶

A concepção de Direito como norma eficaz em contraposição de normas validas *per si* permitiu o florescimento de diversas análises de viés econômico, fundamentadas no uso de teorias econômicas para o estudo do Direito. Nas palavras de Eros Roberto Grau:

Pensar o Direito Econômico é pensar o Direito como um nível do todo social – nível da realidade, pois – como mediação específica e necessária das realidades econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao direito formal. É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo sentido de análise, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico.⁷⁷

Para Norberto Bobbio, normas jurídicas são aquelas aplicadas pelos juízes quando dirimindo controvérsias. Assim, diante de uma necessidade de integração entre a decisão do julgador e o anseio do tecido social, mais pertinente ainda se mostra a aplicação de premissas econômicas. Esse fenômeno é mais notadamente visualizado em países de anglo-saxões cujos sistemas de Common Law permite ao magistrado uma postura mais ativa na criação normativa.

Dentre as obras de maior influência sobre análises econômicas do direito se destaca o trabalho de Gary Stanley Becker, o qual trata o fenômeno da criminalidade como consequência de uma atuação do indivíduo enquanto *homo oeconomicus*, sopesando os benefícios para o Estado, vítimas e o próprio delinquente.

Para Becker, o agente tem seus atos direcionados segundo uma análise de custo e benefício, regra essa que também vale para o delinquente.⁷⁸ Assim, antes de praticar uma conduta criminosa, o delinquente pensa na probabilidade e na severidade da pena a ser-lhe imposta a fim de se avaliar se ela compensatória ou não. Para a sociedade como um corpo

⁷⁶ MAIA, Douglas Leonardo Costa. **Paradigmas da Análise Econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira.** Universidade de Marília, São Paulo, 2007.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto, "Função Social da Propriedade (direito econômico)", In: FRANCA, R. Limongi (coord) Enciclopédia Saraiva de Direito", SP, Saraiva, 1977, vol. 28.

⁷⁸ BECKER, G. S. Crime and Punishment: an economic approach. Journal of Political Economy, v.76, n. 01, 1968.

unitário, a balança irá medir os custos de se tolerar a impunidade ou de se executar com maior ou menor severidade o criminoso.

Apesar das fortes críticas que se faz ao utilitarismo, especialmente quanto à dificuldade de se acordar quanto ao que é utilidade de fato, em se tratando de execução penal, a utilidade poderia ser determinada por meio de uma ponderação entre os malefícios sofridos por quem sofre uma condenação injusta e a utilidade da sociedade em ver executada a pena imposta aos criminosos, ao passo que também entram nessa equação os custos do Estado em manter estabelecimentos prisionais. A otimização passará obrigatoriamente por esta relação de trade-off.

Conforme aponta Maneguín *et al*, uma modelagem de política pública sobre execução provisória de pena passa por questões contingenciais. Uma execução de sentença imediata, por exemplo, se torna recomendável quando se constata alta probabilidade de reincidência, quando o dano à vítima é muito alto, ou grande é o número de vítimas atingidas.⁷⁹

Outro fator seria a qualidade das instituições, cujo melhor funcionamento também provê subsídios para uma execução já que elevado o grau de confiabilidade das decisões. Segundo Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em aproximadamente 14,9% das sentenças e decisões proferidas em 2015 houve recursos às instâncias superiores. A Justiça Estadual teve percentual orbitando os 9,5%.⁸⁰ Esse não tão alto grau de recorribilidade externa pode perfeitamente ser interpretado como índice de qualidade das decisões, o que do ponto de vista de modelagens econômicas representaria utilidade positiva para a execução provisória de sentença.

Pelo exposto, pode concluir que a preocupação pela eficiência do sistema penal como justificativa para a execução provisória de sentença passa por uma contemplação da realidade social, devendo fazer com que os juízes se aproximem dos anseios sociais para que a aplicação de normas aos casos que lhe sejam levados à apreciação se revista de legitimidade. Esse é o cerne do pragmatismo jurídico, na concepção trazida pelos ministros quando em discussão sobre efetivação da norma penal.

Essa análise utilitarista do direito é alvo de várias críticas, sobretudo quando defronte às mais modernas ondas de estudos criminológicos. Entretanto, mesmo no âmbito da

⁷⁹ MENEGUÍN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S.; BUGARIN, Tomas T. S. **Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do processo**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2011

⁸⁰ **Justiça em números 2016: ano-base 2015**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.

Criminologia Crítica, principalmente sobre a égide da teoria do Labelling Approach, a execução provisória de sentença encontra respaldo como se apresenta a seguir.

3.5. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O LABELLING APPROACH

Um dos últimos pontos levantados pelo voto do Ministro Barroso trata da seletividade do sistema criminal provocada pela recorribilidade desenfreada em que pessoas mais abastadas podem indefinidamente postergar a execução das penas a que foram condenadas. O manejo infundável de recursos exige certa capacidade econômica já que os serviços de qualidade de profissionais do Direito custam caro.

Desta forma, não é difícil olhar para a massa carcerária e constatar que a grande maioria dos presos, principalmente quando defronte o vasto de rol de possibilidades de se obter a liberdade como já exposto, é composta por classes social e economicamente desfavorecidas, já que a liberdade atualmente é questão de disponibilidade de recursos financeiros.

Importante dado provido pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2014 mostra que aproximadamente 87% da massa carcerária tem suas sentenças relacionadas a crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas e crimes contra a vida, enquanto que crimes contra a fé pública, contra a Administração Pública e de ordem tributária representam menos de 1%. Não é difícil imaginar a incidência dos variados tipos penais por classe social e constatar o baixo encarceramento de pessoas abastadas.⁸¹

O referido Levantamento mostra ainda que 75,08% dos presos são analfabetos, informalmente alfabetizados ou com ensino até o fundamental completo. Cruzando-se esses dados com o percentual de vagas preenchidas por presos provisórios nos sistemas prisionais dos estados (os presos provisórios dos estados do Ceará e Amazonas, a título de exemplo, totalizam 72% e 71%, respectivamente) pode-se concluir que as classes sociais mais desfavorecidas sofrem maior constrição quando ainda passível de trânsito processual.⁸²

Esta breve ilustração serve para mostrar íntima relação entre a oposição à execução provisória de sentença e o etiquetamento social exposto pela Teoria do Labelling Approach.

⁸¹ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN 2014.** Departamento Penitenciário Nacional Ministério da Justiça. Brasília, 2014.

⁸² Idem.

Conforme lecionado por Baratta, o Labelling Approach parte da premissa de que a compreensão do fenômeno da criminalidade deve partir de estudos do sistema penal, o qual, ele próprio a define e a ela reage, desde a elaboração das normas em nível abstrato, até a forma de atuação das instancias oficiais como a polícia e o próprio judiciário. A imagem do criminoso é montada a partir de uma realidade social e as diferentes interações no bojo deste sistema. Conforme leciona Baratta,

[...] o status social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instancias sociais de controle da delinqüência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.⁸³

Ou seja, esse interacionismo simbólico, como tratado por Becker, perpassa pela constituição a partir de interações e processos cognoscitivos em que a linguagem desempenha papel crucial. O etiquetamento de ato desviante que se dá a determinado comportamento pressupõe um consenso cognitivo dos participantes do tecido em interação, os quais passam identificar determinada realidade a partir de uma linguagem comum. Neste sentido, o paradigma interpretativo não tão somente passa a ser a norma em si, mas também a própria estigmatização levada pelo corpo social a determinadas condutas.

A mentalidade coletiva que se cria a partir do estigma da pena é a de que somente o encarcerado é criminoso, ou que o comportamento desviante é aquele do que está encarcerado. Essa construção inegavelmente leva a um estado de tolerância muito maior a determinados tipos de crimes, sobretudo aos praticados pelos que tem meios de se livrar da pena ou mesmo postergar ao máximo seu cumprimento.

Bastante perceptível são os efeitos que certas condutas do judiciário, além das próprias escolhas do legislador, exercem sobre este processo de etiquetamento social, o que evidentemente promove processos marginalizadores.

Conforme assevera Baratta, a criminalização primária, que se refere ao direito penal abstrato, traz em seus conteúdos técnicos e valores nela expressos um universo moral pertencente às classes dominantes, o qual culmina não somente em uma proteção seletiva de determinados bens jurídicos, como patrimônio, tão afeto às classes burguesas, como também preserva as classes detentoras de poder de um processo de criminalização.

⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 86

Ora, não é difícil enxergar a dimensão de toda miríade de crimes contra a propriedade em nossa legislação penal em contraponto a crimes realizados no âmbito de empresas, por exemplo. Mesmo institutos que visam a proteger a liberdade do indivíduo, por exemplo a liberdade provisória ou mesmo disposições como a do artigo 59 do Código Penal, privilegiam sua apreciação em favor de pessoas de classes de maior *status* social, seja pelas facilidades de acesso ao mercado de trabalho ou mesmo por antecedentes livres de contato com ambientes de violência e privação de necessidades básicas.

Como bem salienta Edwin Sutherland em seu trabalho “*White Collar Criminality*”⁸⁴, crimes advindos do alto escalão social normalmente não são cometidos mediante emprego de violência física ou estrutural, principalmente os crimes nomeados como de colarinho branco, o que por si só já traz menor reprovabilidade social. Somando-se a isso, essa classe de indivíduos tem relacionamento mais estreito com magistrados, legisladores e políticos, o que permite concluir que sua influência no meio social é considerável.

Este processo de etiquetamento produz uma drástica alteração na identidade social do indivíduo advinda da estigmatização que a sanção penal promove, mudando não somente a definição que a pessoa dá de si mesma, mas também a que os outros integrantes do tecido social dão. A esse fenômeno costuma-se chamar de criminalização secundária, o que ocorre de maneira não equânime, pois evidente que o tratamento que o direito dispensa às pessoas tem interferência direta pelo *status* social.

Nesse contexto, pode-se dizer que a impossibilidade de se executar a pena advinda de sentença condenatória pendente de recursos às cortes especiais auxilia a construir este quadro de distorções uma vez que apenas os abastados se livram do cárcere e, por consequência, o comportamento dessas classes, e elas próprias, tem tratamento diferenciado pelo direito partir de rótulos sociais distintos. A meu ver, esse ponto delicado é tratado apenas indiretamente pelos julgadores, mas em termos de criminologia crítica provoca impactos relevantes à sociedade.

⁸⁴ SUTHERLAND, Edwin H. Crime de Colarinho Branco –Versão Sem Cortes. Tradução: Clécio Lemos. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2015. p. 8-9.

3.6 A LITERALIDADE EVOCADA PELOS VOTOS VENCIDOS

No curso do julgado, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski concluíram pela manutenção da jurisprudência pretérita, divergindo pela implementação da ordem pleiteada na inicial do *habeas corpus* impetrado.

Em seu voto, a ministra Rosa Weber reconhece que as questões de índole pragmática levantadas pelos ministros urgem por uma solução, notadamente o uso abusivo de recursos com caráter protelatório. Entretanto, para sustentar seu posicionamento, a ministra evoca ao debate o princípio da segurança jurídica como critério político adotado, já que questões atinentes à Constituição são caras à sociedade e requerem maior cuidado. Entretanto, ao aduzir tal argumento a julgadora não apresenta maiores explicações, deixando de se apontar em que aspecto a segurança jurídica se encontra ameaçada.

Importante apontar que no início de seu voto, o ministro relator Teori Zavascki apresenta largo histórico de precedentes advindos tanto de Turmas quanto do Plenário do STF os quais afirmavam que o princípio de presunção de inocência não inibia a execução provisória de pena. Tal entendimento somente se reverteu quando do julgado do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG de 2009. Pode-se concluir assim que o presente entendimento do STF em compatibilizar a execução provisória com o referido princípio constitucional não constitui inovação hermenêutica apta a abalar o ordenamento jurídico. Na verdade este entendimento constitui simples alinhamento a uma jurisprudência que por longo tempo vigorou no âmbito daquela Corte.

Juridicamente, a ministra advoga em prol de um entendimento de ser o princípio de presunção de não culpabilidade uma verdadeira regra expressa no texto constitucional, devendo ser levada a cabo em sua literalidade. Novamente a ministra não se aprofunda no tema deixando de apresentar fundamentos para sustentar este argumento.

Esta tese também é esposada pelo ministro Marco Aurélio ao afirmar que o preceito exarado no artigo 5º, inciso LVII, não admite interpretações devido à sua precisão e limpidez, correndo o Judiciário o risco de reescrever a norma jurídica. Alega ainda o ministro que o entendimento pela execução provisória de sentença fere o espírito da Constituição Cidadã, de viés garantista e que preza primariamente pelos direitos subjetivos e sociais. Afirma que sob

tal prisma nem sequer uma reforma mediante emenda seria apta a realizar tal cotejo uma vez que afrontaria o artigo 60 da Constituição, já que se estaria esvaziando uma cláusula pétreia.

Essa ponderação sobre estar-se a ferir um primado constitucional também é levantada pelo ministro Celso de Mello ao assinalar que a presunção de inocência é legitimada pelo ideário democrático, o qual consagra um valor libertário em contraposição a um postulado autocrático e que privilegia um Estado onipotente frente a quem sofre persecução penal. Para o referido ministro, o princípio de inocência emana duas regras, uma de natureza probatória e outra de tratamento, em que se entende que o acusado não deve receber qualquer tratamento análogo ao destinado aos culpados.

Referendando ainda a literalidade da leitura do dispositivo constitucional, o ministro Celso de Mello assevera que a inocência somente deixa de prosperar com o trânsito em julgado, constituindo verdadeira limitação constitucional ao Poder do Estado. Afirma o ministro em seu voto que:

“mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.”⁸⁵

Percebe-se que o ministro rechaça a tese do esvaziamento progressivo da presunção de não culpabilidade à medida que se avança o processo aos diferentes graus de jurisdição, afirmando veementemente que o *status poenalis* não pode sofrer restrições lesivas à esfera jurídica do indivíduo enquanto pendente o trânsito em julgado.

Também defende a taxatividade do disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal o ministro Ricardo Lewandowski para o qual a clareza da redação do dispositivo não abre espaço para interpretações. Quanto aos questionamentos de caráter pragmático, como por exemplo o da própria efetividade da justiça, afirma que nem mesmo estes têm força para ultrapassar o princípio fundamental. No entanto, novamente há uma falta de fundamentação para balizar tal posicionamento, recorrendo o julgador, aparentemente, a um imperativo categórico, apenas elevando tal princípio a um *status* absoluto, sem apresentar parâmetros lógicos que o tornem apto a sobrepujar os demais princípios envolvidos na discussão.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE nº 23 de 07/02/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 de março de 2017.

Conclui-se por esta síntese dos argumentos aduzidos pelos votos vencidos que o posicionamento pela incompatibilidade entre a execução provisória de sentença e o princípio de não culpabilidade parte de uma leitura literal da norma o que conseqüentemente leva a entendimento de a mesma se constitua em regra a ser ponderada em sistema de tudo ou nada. Não há, entretanto, grandes elucidações sobre o porquê de tal conclusão, sendo apenas mencionada a clareza da redação do dispositivo que afastaria a necessidade de interpretações.

4. CONCLUSÃO

A presunção de não culpabilidade, insculpida em nossa Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LVII, constitui, sem dúvida nenhuma, verdadeira conquista humanista advinda de um desenvolvimento político-jurídico rumo à proteção do indivíduo face o *jus puniendi* estatal. A partir de tal postulado projeta-se toda uma teia de princípios atinentes ao processo e que visam à salvaguarda de direitos subjetivos do acusado, os quais passam a serem alçados à ordem pública em um processo de cunho garantista.

Apesar da preocupação com a liberdade individual, um dos maiores estandartes de um verdadeiro Estado democrático, há de se reconhecer que o processo penal e o Direito Penal visam garantir, também, a ordem e a higidez do tecido social por meio da limitação de direitos individuais e em busca da preservação de bens jurídicos essenciais à vida em comum. O objetivo deste trabalho era o de proceder a um estudo do princípio de não culpabilidade a fim de se contemplar e compreender melhor a mudança paradigmática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual é discutida em pontos sensíveis da testilha.

Conclui-se que mais do que mero instituto norteador para os aplicadores do direito, o valor simbolizado pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição é albergado por nosso constituinte originário no conjunto das normas jurídicas. Desta forma, deve o princípio da presunção de não culpabilidade conviver harmoniosamente junto aos demais bens jurídicos constitucionais com vistas a uma ponderação racional cujo escopo seja a máxima preservação do núcleo de cada princípio, sobretudo aqueles que simbolizem direitos fundamentais.

A partir desta perspectiva é que se delineiam parte dos argumentos dos ministros responsáveis pela mudança de paradigma responsável pelo novel entendimento da Corte Suprema. Contraposta à necessidade de efetividade da lei penal, ou mesmo outros princípios como o da duração razoável do processo, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição, a bens jurídicos fundamentais como o direito à vida, à propriedade, ou ainda valores como a credibilidade da Justiça, imperioso é de se reconhecer que a presunção de não culpabilidade enquanto obstáculo à execução da pena não se reveste de caráter absoluto, sendo passível de mitigação, seja de ordem legislativa, seja no âmbito das cortes de julgamento.

A constitucionalidade da execução provisória é constatada ainda quando, após o estudo princípio fundamental, percebe-se que o núcleo essencial do pressuposto de não

culpabilidade não é atingido uma vez que observados outros princípios processuais como o princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito de não auto-incriminação, do ônus probatório recair sobre a acusação, garantem tratamento ao acusado como um inocente até que se chegue ao momento em que não mais se produza provas no bojo do processo.

É justamente nas instâncias ordinárias que se pode formar uma convicção sobre a culpabilidade do acusado, exaurindo-se no juízo de apelação toda a análise sobre fatos, concretizando-se o duplo grau de jurisdição. Este é momento em que o acusado goza de seu direito de ser presumido inocente, pois ao passar-se às instâncias especiais o objeto de discussão em primeiro plano deixa de ser o indivíduo, mas o ordenamento jurídico em si.

Ademais, não se pode furta o olhar para a realidade em que se cumprem as normas e avaliar as repercussões negativas que uma impossibilidade de se executar penas pendentes de trânsito em julgado pode trazer. Tanto a inépcia em cumprir sua função de proteger bens indispensáveis à sociedade como a discriminação de uma sistemática recursal privilegiadora de classes abastadas são problemas de ordem prática enfrentados pela sociedade ante a impossibilidade de se executar equanimemente as decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores.

Apesar da aparente taxatividade do texto que apresenta o princípio na Constituição, uma leitura literal do dispositivo apenas lhe confere uma rigidez que ao invés de prover segurança jurídica na verdade torna o diploma distante de uma realidade em que a sociedade pede por respostas mais rápidas e eficazes da Justiça, instrumentalizando o processo para perseguir sua finalidade de garantir aplicação da lei e combater a impunidade, sobretudo de crimes provindos de classes economicamente favorecidas. A literalidade prende o julgador a um corpo social dinâmico, correndo-se o risco de tornar a lei obsoleta.

Tal hermenêutica encontra contradição ainda nos escorços históricos trazidos à baila pelos julgadores os quais evidenciam que a vigência de tal princípio sofre contingências ao longo do tempo, das sociedades e das diferentes culturas jurídicas. A falta de um desenvolvimento de uma argumentação lógica por parte dos defensores de uma leitura literal do referido dispositivo constitucional passa a impressão de que seus posicionamentos mais transmitem uma convicção filosófica pessoal do que uma visão teleológica da lei, qual seja a otimização da regulação do meio social pelo Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991

BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDFT, 2015.

MANZINI, Vincenzo. Tratado di diritto Processuale Penale Italiano. 2ª ed. Torino: UTET, 1926, p. 221 e 226/227 *apud* MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133-134.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDFT, 2015, p. 58.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009, p. 24/34 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDFT, 2015, p. 58.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal - Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, 10ª Ed., p. 35.

DELMANTO JR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e sua duração. São Paulo: Renovar, 2001, p. 60/61 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDFT, 2015, p. 58.

SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 24.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 330 *apud* SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 26.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 93/96.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45 *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDF, 2015, p. 62.

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

VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra, 2000.

VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1ª Ed., 2007, p. 51.

MARTINS BATISTA, Weber. O princípio constitucional de inocência; Recurso em liberdade, antecedentes do réu. Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII, 2004, p. 634.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 644.

FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 240.

LOPES JUNIOR, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.35 - 36.

SILVA, Alysso Pereira. O Direito de Recorrer em Liberdade Após Decisão Penal Condenatória: a presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal. Brasília, Centro Universitário de Brasília, 2010.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 *apud* SILVA, Alysso Pereira. O Direito de Recorrer em Liberdade Após Decisão Penal Condenatória: a presunção de não culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal. Brasília, Centro Universitário de Brasília, 2010.

VILLELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 93

MIRANDA, Pontes. Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões, Rio de Janeiro: Borsó, 1957, p. 203.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I., Campinas, São Paulo: Millennium, Revista e atualizada por Eduardo Reali Ferrarri e Guilherme Madeira Dezem, 3ª atualização, 2009.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 138. *apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais. Brasília; TJDF, 2015, p. 62.

Barbosa Moreira, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro. Forense. 2000, p. 128.

Elementos de Direito Processual Penal, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Vol. IV. 2ª ed., Campinas: Millennium, p. 268.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. V. 1.. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Mauricio S.; BUGARIN, Tomas T. S. Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do processo. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa. 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2007

Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p130.

SANTORO, A. L'escuzione penale. Torino, 1953 – Fondamenti dela escuzione penale. Roma, 1932 *apud* ROSA, Antonio José Miguel Feu. Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. Teoria e Prática da Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1. *apud* SILVA, Jaqueline de Cássia Pereira. O princípio da presunção de inocência e a execução penal provisória: limites e possibilidades. 2011. 94 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal. in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 41.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. Paradigmas da Análise Econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira. Universidade de Marília, São Paulo, 2007.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN 2014. Departamento Penitenciário Nacional Ministério da Justiça. Brasília, 2014.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 86

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de Colarinho Branco – Versão Sem Cortes. Tradução: Clécio Lemos. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. p. 8-9.