



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAELA FERRAZ DA ROCHA REIS

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA ANTE A EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL:
UMA ANÁLISE DO HC 126.292**

Salvador
2016

RAFAELA FERRAZ DA ROCHA REIS

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA ANTE A EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL:
UMA ANÁLISE DO HC 126.292**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA FERRAZ DA ROCHA REIS

**O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA ANTE A EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL:
UMA ANÁLISE DO HC 126.292**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Renato e Nilvia, pelo amor, incentivo diário e por sempre acreditarem no meu potencial.

À minha irmã, Renata, e a André, pela torcida e apoio durante toda essa trajetória.

Ao meu orientador, Prof. Roberto Gomes, por toda atenção, disponibilidade e pelo comprometimento com a função que lhe foi confiada.

Aos meus professores, que sem dúvidas tiveram um papel determinante para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus queridos amigos, em especial, Saádia Ferreira, José Calmon, Gabriela Tanajura, Paula Coutinho, Iara Pimentel, Caroline Moutinho e Afrísio Vieira Lima Neto, por todo o suporte e cumplicidade ao longo do curso, tornando mais prazerosa esta caminhada.

RESUMO

Este trabalho possui como objetivo examinar o conceito e o alcance do princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento, de modo a analisá-lo consoante a necessidade de efetivação do Direito penal. A análise partirá do estudo da decisão denegatória proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Habeas Corpus 126.292, através da qual os Ministros, por maioria dos votos, decidiram pela possibilidade de execução provisória da pena. Isto é, entenderam que o condenado em vias ordinárias poderia cumprir antecipadamente a pena, independentemente da pendência de recursos extraordinários para os tribunais superiores. Assim, o presente estudo se debruçará sobre o exame da extensão do princípio da presunção de inocência no bojo do processo penal, com o fito de exercer um juízo de constitucionalidade acerca da decisão da Corte. Para isso serão analisados os motivos e fundamentos que levaram os Ministros do STF a se posicionarem nesse sentido. Para o melhor deslinde e compreensão do problema-objeto deste trabalho, se examinará o princípio da presunção de inocência no direito comparado, além de se verificar a sua tutela no âmbito nacional e internacional. Haverá ainda o estudo do poder-dever de punir do Estado diante da existência desta garantia do estado de inocência do agente. Em um segundo momento, o trabalho se debruçará sobre a análise do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, examinando as nuances relativas à efetividade na esfera penal. Por fim, no último capítulo, a decisão do ST será analisada de maneira minuciosa, examinando todos os argumentos levantados pelos Ministros, de modo a concluir, por fim, pela (in)constitucionalidade da decisão.

Palavras-chave: presunção de inocência; direito penal; efetividade penal; constitucionalidade; execução provisória.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPB	Código Penal Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
Rel.	Relator
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	10
2.1 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO	10
2.2 TUTELA CONSTITUCIONAL E DE ORDEM INTERNACIONAL	13
2.2.1 O alcance do princípio da presunção de inocência no bojo do processo penal	18
2.2.1.1 No mundo	18
2.2.1.2 No Brasil	20
2.3 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSEQUENCIAIS	21
2.4 O PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO	25
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	31
3.1 A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA ESFERA PENAL	36
3.1.1 O interesse público	38
3.1.2 A finalidade	40
3.1.2.1 das funções da pena	41
3.2 DO DISCURSO DOS ENTRAVES À EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL	45
3.2.1 O princípio da presunção de inocência e a questão da prescrição penal	50
4 A DECISÃO DO STF NO HC 126.292	54
4.1 UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E MOTIVOS DA DECISÃO	54
4.2 O ENTENDIMENTO ANTERIOR À DECISÃO	64
4.3 UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO	66
5 CONCLUSÃO	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a analisar os contornos e o alcance do princípio da presunção de inocência no ordenamento brasileiro, diante da necessidade de efetivação do Direito Penal, através do estudo da decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro do ano de 2016, examinando assim, a sua conformidade com a Constituição Federal de 1988.

As repercussões sociais e jurídicas provocadas pela decisão acima tratada justificaram a escolha do tema, uma vez que diante da relevância da Carta Magna para estruturação e orientação do nosso sistema jurídico, resta clara a premente necessidade de apuração de qualquer suspeita de inconstitucionalidade. No caso em espécie, a importância da análise se faz ainda mais indispensável, posto que a decisão a ser explorada fora proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, o qual possui como principal função a guarda da Constituição.

Por maioria dos votos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiram, no bojo do Habeas Corpus 126.292, pela possibilidade de execução provisória da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Ou seja, permitiram que o condenado em primeira instância inicie o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão que o condenou.

Importante salientar que a decisão em exame apontou mudança no entendimento da Corte, que desde o julgamento do HC 84.078 em 05 de fevereiro de 2009, entendia pela necessidade do trânsito em julgado da decisão para que se iniciasse a execução provisória da pena, ressalvada as hipóteses em que seria cabível a prisão a título de cautela.

O contexto que motivou a mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal está intimamente relacionado ao seu posicionamento no que se refere aos marcos interruptivos da prescrição punitiva estatal. A Suprema Corte firmou entendimento no bojo do *Habeas Corpus* 70.810/1994 que o acórdão meramente confirmatório de anterior condenação não se qualificaria como causa interruptiva da prescrição.

Dessa forma, através da conjugação do supracitado posicionamento e do que dispõe o princípio da presunção de inocência, os causídicos se utilizavam da interposição quase irrestrita de recursos, na maioria das vezes sem qualquer fundamento jurídico plausível, com o fito de alcançar a prescrição e conseqüentemente assegurar impunidade do condenado.

Essa conjuntura jurídica implicou em prejuízos à concretização das leis penais, fragilizando nosso sistema e incitando o discurso de inefetividade do Direito Penal e frustração da expectativa da sociedade, que anseia por segurança.

Neste novo cenário jurídico inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC 126.292, a questão mais debatida acerca da decisão diz respeito à (in)observância do princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O princípio da presunção de inocência, como visto acima, encontra previsão expressa em nossa Carta Magna em seu art. 5º, LVII, assegurando ao acusado o *status* jurídico de inocente durante todo o curso do processo ao qual fora submetido, somente sendo permitido confirmar a sua culpabilidade após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Assim, considerando o estado de inocência como estado primitivo do ser humano, caberá ao Estado, no exercício do seu poder-dever de punir romper com este *status* inicial e demonstrar, através de provas, a culpabilidade do acusado.

Nesse sentido, questionou-se a constitucionalidade da decisão denegatória proferida no HC 126.292 frente ao que dispõe o princípio da presunção de inocência, uma vez que mesmo antes de cessado o prazo para interposição dos recursos cabíveis, ou de seus julgamentos, o STF permitiu que o condenado cumprisse antecipadamente a sanção penal fixada em instâncias ordinárias.

Desse modo, o presente estudo possui como finalidade a análise da real extensão do princípio constitucional da presunção de inocência no bojo do processo penal, de modo a verificar se a execução provisória da pena se revelaria uma medida precoce e inconstitucional.

Em um primeiro momento, o foco do presente trabalho será examinar o conceito a origem histórica do princípio da presunção de inocência, debruçando-se sobre a

análise de sua tutela internacional e no direito comparado, tendo em vista confrontar os diferentes contornos que o princípio possui em alguns países. Ademais, será também estudado o *jus puniendi* estatal evidenciando a responsabilidade do Estado, através de seus órgãos e agentes, em aplicar o Direito Penal aos casos concretos, exercendo sua atividade persecutória e, em paralelo, observando o estado natural de inocência do investigado.

No segundo capítulo, por sua vez, o estudo se direcionará ao exame do direito à tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, diante da monopolização da jurisdição por parte do Estado, adentrando nas peculiaridades inerentes à efetividade da tutela na seara criminal, como por exemplo, o interesse público que circunda este ramo do direito e a sua finalidade social. Será também verificado o discurso daqueles que compreendem que algumas garantias fundamentais obstam a concretização das leis penais, a exemplo da interpretação dada ao princípio da presunção de inocência.

No momento final, a decisão denegatória do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 será detalhadamente analisada através do exame dos fundamentos e motivos que levaram os Ministros a concluir pela possibilidade de execução provisória da pena, abarcando também a análise do anterior entendimento adotado pela Corte. Serão também estudados os argumentos trazidos pelos Ministros vencidos que entenderam pela inconstitucionalidade desta antecipação da pena. Ao final, a decisão será examinada à luz da Constituição Federal, conforme os contornos do princípio da presunção de inocência delineados nos capítulos anteriores, em que se concluirá pela sua (in)constitucionalidade.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O presente capítulo se debruçará sobre a análise do princípio da presunção de inocência, abrangendo o contexto histórico do seu surgimento e enquadramento no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO

Conhecido como preceito inerente ao sistema processual acusatório, o princípio da presunção da inocência, ganhou espaço no direito processual penal no final do século XVIII, diante do contexto do Iluminismo na Europa. Momento este em que vigorava o sistema inquisitório como regulador do sistema jurídico penal, no qual o acusado não possuía qualquer garantia.

O sistema inquisitivo possui como traço marcante a concentração das atividades de investigação, acusação e julgamento nas mãos de um único órgão, de modo a eliminar qualquer possibilidade de exercício do contraditório e ampla defesa, além de ser caracterizado pelo sigilo no decorrer do procedimento.¹

Nesse sentido, afirmou Aury Lopes Jr.² que o sistema inquisitório “foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

A simples instauração de um processo penal contra um indivíduo era suficiente para imputar ao acusado a presunção de culpa em relação ao fato típico investigado, restando-lhes escassos recursos para comprovar a sua inocência, especialmente por conta da aplicação do sigilo interno e externo característicos deste rito.

No bojo deste procedimento o réu se encontra em um estado de absoluta sujeição em relação ao poder estatal, não alcançando sequer a condição de sujeito de direito, mas apenas podendo ser compreendido como mero objeto da persecução penal.³

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 69.

² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 68,

³ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 56.

Afinal, em nome da celeridade, da efetividade da prestação jurisdicional e do interesse coletivo, garantias individuais eram mitigadas de forma desarrazoada, havendo, em verdade, a aplicação da premissa da presunção de culpabilidade do infrator da norma penal.

Diante desse cenário de incongruências e tendo como combustível as ideias liberais do Iluminismo, constatou-se a urgência na reação contrária a esse modelo processual penal inquisitorial que embasava sua lógica na premissa de superioridade do poder estatal diante da liberdade individual do cidadão.

Revelava-se indispensável proteger o cidadão das arbitrariedades do Estado que, presumindo-o culpado, em nome da efetivação do direito penal, buscava a sua condenação desprezando condições essenciais à sua dignidade, que hoje vieram a ser chamadas de garantias fundamentais.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que fundamentavam o movimento Iluminista e que deram origem à Revolução Burguesa resultaram em evidente reformulação na dinâmica relacional existente entre o Estado e o cidadão, com vistas a modificar a lógica de prevalência dos interesses estatais em face dos direitos individuais dos agentes. Assim, nas palavras de Guilherme Nucci, "o advento da Revolução Francesa, com as ideias iluministas, torna o sistema inquisitivo incompatível com a nova realidade".⁴

Obviamente que esta alteração na relação existente entre o Estado, até então poder soberano e arbitrário, e o cidadão, impactou diretamente no rito processual penal adotado, de modo a adaptá-lo à nova filosofia vigente, que agora passava a enxergar também a necessidade de tutelar as garantias individuais do infrator.

No bojo das influências iluministas, surgiram os direitos e garantias do acusado, passando a liberdade individual do cidadão a ser considerada como um valor inerente ao ser humano, de modo que não seria mais admitido a sua submissão aos interesses estatais⁵.

Nesse ínterim, como fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consignou em seu art. 9º, pela primeira vez o

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 70.

⁵ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2007, p. 32.

Princípio da não Culpabilidade, *in verbis*, “todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Desse modo, conclui Breno Melaragno Costa que “na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que consolidou a vitória dos ideais iluministas, é onde reside a fonte histórica do princípio da presunção de inocência”⁶.

Verifica-se que a consolidação do princípio da presunção de inocência pode ser compreendida como o rompimento com o antigo modelo inquisitorial, passando o acusado a ser visto como titular de direitos e garantias e não mais como objeto das investigações conduzidas pelo Estado.

Nesse contexto, constata-se a transição da premissa de presunção de culpabilidade do indivíduo para a consolidação do estado de inocência como o estado jurídico primitivo do ser humano. Tal evolução se deu diante da reconhecida e incontestada vulnerabilidade do cidadão em face do poder-dever estatal de exercício da pretensão punitiva.

Pode ser compreendido, portanto, como uma aposta ao valor ético do ser humano, sob o fundamento de que seria extremamente gravoso retirar os direitos individuais do cidadão que, posteriormente, ao final do processo, possa vir a ser considerado inocente quanto ao ilícito que lhe fora imputado.⁷

Logo, resta evidente, que a origem histórica do princípio da presunção de inocência está intimamente relacionada ao princípio-mãe do devido processo legal que assegura ao acusado uma série de garantias, como o acesso a uma ampla defesa técnica, o exercício do contraditório e a proibição de utilização de provas ilícitas no bojo do processo.

Isto é, o princípio em exame está entrelaçado à própria concretização do princípio do devido processo legal, posto que somente após a submissão do réu a um procedimento pautado nos ditames legais, será possível concluir sobre seu *status*

⁶ COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, na obra **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.p. 409

⁷ NEVES, Castanheira. (apud) COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, na obra **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.p. 411.

jurídico, tornando-se legítimas interferências em sua esfera pessoal, especialmente no que diz respeito à sua liberdade.

Resta claro, portanto, que o princípio da presunção de inocência assenta sua premissa na ideia do estado de inocência como o estado natural do ser humano, destinando-se, precipuamente, a garantir que o ônus probatório esteja sempre a cargo da acusação.⁸

Desse modo, cabe ao Estado, no exercício do seu direito-dever de punir, romper com a máxima do estado de inocência do indivíduo, demonstrando, através de provas, a sua culpabilidade.

Em termos práticos, podemos concluir que o referido preceito constitucional assegura que o réu não poderá ser privado de sua liberdade antes do fim do prazo para interposição dos recursos possíveis ou do julgamento destes, ressalvada, entretanto, as hipóteses em que será cabível a prisão a título de cautela.

Nesse contexto, considerando que o homem nasce livre, sendo, portanto, esta a sua situação jurídica natural, o referido princípio busca impedir que seja ao acusado imposta previamente as possíveis consequências do final do processo. Nesse mesmo sentido, assevera Eugênio Pacelli⁹:

O Princípio exerce função relevantíssima ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razão de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e /ou da própria realização da jurisdição penal.

Trata-se, o princípio do estado de inocência, de verdadeira derivação da imperiosa necessidade de observância dos direitos fundamentais no bojo do processo penal. Destina-se a limitar o poder-dever de punir do Estado, impedindo-o que ultrapasse a esfera essencial do indivíduo, de modo a vilipendiar garantias que assegurem a sua dignidade enquanto ser humano.

2.2 TUTELA CONSTITUCIONAL E DE ORDEM INTERNACIONAL

⁸ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 71.

⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 48.

Vetores de direcionamento em nosso ordenamento, os princípios inspiram a criação da norma, instruindo o legislador no momento de construção normativa. Desse modo, podemos entendê-los como premissas centrais de um sistema, conferindo-lhe um sentido lógico e promovendo a harmonia entre as suas diversas regras.¹⁰

A relevância dos princípios se torna ainda mais evidente quando estes adquirem *status* constitucional, o que revela a preocupação do legislador constituinte em elevá-lo ao ápice da pirâmide normativa com o objetivo de realçar a necessidade de sua observância na construção das demais normas.

A subordinação da própria legalidade à Constituição constitui-se como característica determinante do Estado Democrático de Direito, vinculando a validade das leis e normas jurídicas à observância do rito constitucional estabelecido, bem como à compatibilidade com os princípios e regras constitucionais.¹¹

O princípio em exame foi contemplado por esta atenção diferenciada, posto que o princípio da presunção de inocência inseriu-se expressamente no ordenamento jurídico brasileiro através de nossa Constituição Federal de 1988¹² em seu art. 5º, inciso LVII, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O direito subjetivo do réu de não ser submetido ao *status* de condenado antes de cessado o prazo para interposição de qualquer recurso perante a sentença que o condenou, ou antes do julgamento de eventual recurso interposto, passa a ter o agasalho da Carta Magna de 1988 o que lhe garante a submissão à todos os princípios de interpretação constitucional.

Assim, a partir do momento em que o constituinte eleva a premissa da presunção de inocência ao patamar máximo legislativo, esta passa a ser compulsoriamente analisada conforme os ditames da hermenêutica constitucional. É o exemplo da regra da máxima efetividade, que possui notável aplicação no âmbito dos direitos fundamentais, expressado, no caso em espécie, pelo direito à liberdade do ser humano.

¹⁰ DA CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2013, p. 151-152.

¹¹ *Ibidem*, p. 520.

¹² As Constituições anteriores à de 1988, apenas se limitavam a listar, de modo exemplificativo, alguns direitos e garantias individuais, não havendo disposição expressa acerca do princípio da presunção de inocência. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 101.)

O mandamento da máxima efetividade, conhecido também como princípio da interpretação efetiva impõe ao legislador infraconstituente e aos operadores do direito, a cautela em otimizar e maximizar as normas constitucionais.¹³

Contudo, deve-se destacar, entretanto, que embora a máxima da inocência não fosse contemplada com posituação expressa em nosso sistema antes da promulgação da Carta de 1988, já se invocava a sua aplicação a partir de uma interpretação holística e sistemática do nosso ordenamento.¹⁴

O entendimento da presunção de inocência como garantia constitucional nos leva a compreender tal princípio como norma orientadora do legislador ordinário, de modo a inibir a criação de qualquer lei que venha a desprezar a condição de inocência do acusado. Também opera efeitos processuais internos, no sentido de que o estado de inocência do acusado permaneça em todas as fases do processo.

Verifica-se, portanto, que a presunção de inocência enquanto garantia constitucional reverbera em nosso ordenamento tanto no que se refere à formulação de uma política criminal, quanto na atuação direta na realidade processual penal.¹⁵

Nesse íterim, resta claro o caráter de fundamentalidade do princípio em exame, estando inserido entre as garantias processuais do devido processo legal e, desse modo, constituindo-se como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito.

Ademais, imperioso ressaltar a tutela normativa na ordem internacional conferida ao princípio da presunção de inocência, o que revela a sua grandiosa importância diante do cenário jurídico mundial.

Como dito alhures, a primeira expressão legal do citado princípio no mundo se deu com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, como fruto da Revolução Francesa, sob o influxo das ideias iluministas, em 1791.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas, a qual o Brasil se faz signatária, também consagrou este direito-garantia no art. 11, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual "toda a pessoa acusada de um ato delituoso

¹³ DA CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2013p. 220.

¹⁴ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 71.

¹⁵ COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, na obra **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.p. 411

presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas".¹⁶

Nesse sentido, percebe-se que "hoje, a presunção de inocência é direito fundamental supra-estatal, devendo ser declarado e executado na ordem constitucional de todos os países integrantes da ONU".¹⁷

O Brasil, a partir do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1972, aderiu também à Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica que em seu art. 8º, 2º¹⁸ assegura ao acusado a sua condição de inocência até que se prove o contrário, contemplando, portanto, o princípio em exame.

Assevera Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁹ em relação à Carta Magna de 88 e ao supracitado tratado Internacional que:

A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma mais ampla, isto é de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto 678/1992), na medida em que estabeleceu que "toda pessoa acusada de um delito tem, direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 8º,2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isto é, partindo-se de uma primeira análise, verifica-se que enquanto o Pacto San José da Costa Rica limita a situação jurídica do réu até o momento em que for comprovada a sua culpa, a nossa Constituição estende tal condição até o momento do trânsito em julgado da sentença que o condenou.

Contudo, em termos práticos, os diplomas de coincidem, afinal, a confirmação da autoria de uma infração penal subordina-se à sentença penal condenatória transitada em julgado, conferindo, portanto, ao *status* de inocência, em termos de extensão, a mesma tutela em ambos os dispositivos.²⁰

¹⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2007, p. 33.

¹⁷ SARMENTEO, George. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. Org: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Porto Alegre: Editora Nubria Fabris, 2008, p. 220.

¹⁸ Art. 8º, 2º, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1972) - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

¹⁹ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 71.

²⁰ *Ibidem, loc.cit.*

Sabe-se que a Emenda Constitucional nº 45^o reformou o tratamento dado aos tratados internacionais em nosso ordenamento através da inserção do parágrafo 3^o ao art. 5 da Constituição de 1988. Esse novo dispositivo possibilitou que tratados internacionais adquirissem status constitucional, desde que houvesse a observância ao procedimento legislativo de aprovação.

Estabeleceu-se, portanto, que "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pactuados pelo Brasil, que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Desse modo, considerando que o Pacto San José da Costa Rica versa sobre matéria de direitos humanos, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as suas disposições ingressam em nosso ordenamento pátrio com *status* constitucional, havendo, dessa forma, a ratificação da tutela à presunção de inocência em nosso sistema.

Ainda no campo da tutela internacional, imperioso ressaltar a menção ao conteúdo do referido princípio presente no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, mediante Decreto nº 4.388. O diploma, em seu art. 66²¹, evidencia o estado de inocência como condição natural do ser humano, além de ressaltar as implicações nas regras probatórias devido à aplicação do princípio, ao colocar a cargo da acusação o ônus de provar a culpabilidade do acusado.

Relevante destacar, também, a previsão da máxima da presunção de não culpabilidade no bojo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, ao dispor em seu art. 14, 2 que "qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida".

²¹ Art. 66 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002)- 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável; 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado; 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Desse modo, podemos constatar a ampla proteção jurídica conferida ao princípio da presunção de não culpabilidade²² em âmbito mundial, seja operada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido à adesão ao Pacto San José da Costa Rica, pelo Tribunal Penal Internacional e até mesmo por toda a estrutura da Organização das Nações Unidas.

2.2.1 O alcance do princípio da presunção de inocência no bojo do processo penal

A questão do estado de inocência durante o trâmite do processo penal é tratada de diferentes maneiras ao redor do mundo, sendo seus contornos definidos conforme a legislação interna de cada país.

Desse modo, reconhece-se a relevância de estudarmos as diferentes intensidades conferidas à máxima da presunção de inocência em diversos ordenamentos, tendo em vista melhor compreender a relevância desta garantia e o grau de proteção dedicado a esta premissa em nosso sistema jurídico.

Assim, abaixo será analisada a eficácia imediata das sentenças penais condenatórias no âmbito do direito comparado e no bojo do direito processual penal pátrio.

2.2.1.1 No mundo

²² Impende esclarecer que grande parte da doutrina, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 33), Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 71) e Nereu José Giacomolli (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 102) entendem que o princípio da presunção de não culpabilidade pode ser compreendido como sinônimo do princípio da presunção de inocência, não havendo utilidade prática nesta distinção. Entretanto, há que se pontuar, que a doutrina italiana se filia à expressão presunção de não culpabilidade, entendendo que este princípio estaria mais focado na ação, ou seja, na condição de não culpado do agente, enquanto que o princípio da presunção de inocência seria um direito fundamental que confere ao indivíduo o status jurídico da inocência que o acompanha na vida social. (SARMENTEO, George. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. Org: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Porto Alegre: Editora Nubria Fabris, 2008, p. 227)

O ordenamento espanhol previu o princípio da presunção de inocência no bojo da sua Constituição. Entretanto, vigora a premissa da efetivação das decisões judiciais o que acaba por impor limites ao alcance da máxima da inocência. Nestes termos, a sistemática jurídica da Espanha trabalha com a ideia de que uma vez o réu submetido a um processo em que se respeitou a ampla defesa, o contraditório e que manteve o ônus probatório com a acusação, a presunção de inocência já estaria esgotada²³.

Na Argentina, por sua vez, há disposição expressa permitindo a execução imediata da sentença condenatória, apenas permitindo o diferimento dessa pena nos casos em que for executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 anos no momento da sentença ou ainda, nos casos em que o condenado estiver acometido de alguma enfermidade, de modo que o cumprimento da pena possa lhe trazer riscos de vida.²⁴

No que se refere ao princípio da presunção de inocência no âmbito do ordenamento português, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman esclarecem²⁵:

O Tribunal Constitucional português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispões que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

Asseveram ainda os citados autores, que, hoje, na Inglaterra, há a regra de aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo pena, ressalvados os casos em que a lei confere o direito à liberdade mediante fiança. Desse modo, não há a interpretação absoluta e literal do princípio da presunção de inocência, conferindo eficácia às decisões de primeira instância.

Seguindo a mesma lógica, o ordenamento do Canadá também permite a execução automática da pena, excetuadas as situações em que se permite o pagamento de fiança, conforme rígidos critérios estabelecidos.

²³ FRISCHEISEN Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p 427

²⁴ *Ibidem.*, p 428

²⁵ FRISCHEISEN Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida e GUSMAN, Fábio. *Op.cit.*, 2010, p 427

O Tribunal Constitucional alemão, por sua vez, tem se posicionado no sentido de que no momento em que as decisões judiciais não mais estiverem sujeitas a controle judicial, com exceção dos recursos especiais e extraordinários, estas passarão a ser dotadas da característica da eficácia.²⁶

Assim sendo, concluem os autores que a execução provisória da pena não cessa as garantias fundamentais do indivíduo. Entendem que o princípio da presunção de inocência não guarda nenhuma incompatibilidade com a efetivação da lei penal, ressaltando, inclusive, que em nosso ordenamento não foi conferida a este princípio interpretação absoluta. Afinal, se nestes termos fosse aplicado, ninguém poderia ter contra si um inquérito policial, figurando como investigado.

2.2.1.2 No Brasil

Conforme fora exhaustivamente demonstrado em tópico específico (2.2), o princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento possui contornos distintos daqueles positivados ao redor do mundo, consoante acima exposto.

Constata-se que os sistemas jurídicos dos países analisados restringem o alcance da garantia da presunção de inocência assegurando este *status* somente até ultrapassadas determinadas fases processuais. Entretanto, no que se refere ao nosso ordenamento pátrio, há que se verificar a clareza de nossa Constituição ao conferir ao estado de inocência ampla abrangência.

Afinal, de modo expresso, o legislador constituinte assegurou ao acusado o direito de ser presumido inocente até o momento em que seja proferida decisão não mais passível de recurso, impedindo assim, qualquer antecipação dos efeitos de eventual decisão final condenatória.

Nesse sentido, asseveram Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes: “Assim, desde logo, deve ser sublinhado que à luz da presunção de inocência, não

²⁶ FRISCHEISEN Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p 426

se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição (...)²⁷

Revela-se evidente, portanto, que o legislador preocupou-se em estabelecer o termo final da presunção a favor do réu, condicionando a confirmação da sua culpabilidade ao momento posterior ao trânsito em julgada da decisão.

2.3 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSEQUENCIAIS

A garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, conforme demonstrado no transcorrer deste capítulo, estabelece o estado de inocência como o *status* natural do ser humano e traz ao nosso ordenamento alguns princípios e regras como consequência lógica da sua ideia. Afinal, este voto de confiança dado à moral e a ética do cidadão produz efeitos em todo o sistema jurídico penal.

É possível exemplificar como princípio consequencial do princípio da não culpabilidade, o princípio do *favor rei*, mais conhecido como *in dubio pro reo*, segundo o qual, nas hipóteses em que se puder extrair mais de uma interpretação a partir da análise de uma norma legal, deve-se aplicar aquela mais favorável ao acusado.²⁸

Ademais, também haverá a aplicação do referido preceito quando o julgador estiver diante de dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu, uma vez que quando não houverem provas suficientes acerca da materialidade do fato e de sua autoria, impossível se torna a aplicação da pena ao acusado.²⁹

Desse modo, tanto nos casos em que houver incertezas quanto à interpretação ou alcance de uma norma processual penal, assim como nas situações em que o magistrado estiver diante de conflito entre a inocência do réu e o exercício do dever de punir do Estado, deve-se aplicar o referido princípio, seja adotando a versão

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas alternativas**. (Org) FERNANDES, Og. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 35.

²⁹ SARMENTEO, George. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. Org: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Porto Alegre: Editora Nubria Fabris, 2008, p. 221.

interpretativa mais favorável ao acusado, seja decidindo pela manutenção da sua liberdade.

O art. 386, VII, do Código de Processo Penal ³⁰, concretiza o princípio do *in dubio pro reo*, ao prever a absolvição do acusado quando não existir prova suficiente da imputação formulada.

Percebe-se, portanto, que o princípio em exame concretiza a ideia de predominância do direito de liberdade do réu em face do poder punitivo estatal e baseia-se na lógica da inocência como estado natural do indivíduo, sendo indispensável a robustez de provas para modificar esta situação. Desse modo, preceitua Nereu José Giacomolli que "O grau de potencialidade do estado de inocência afasta qualquer juízo condenatório lastreado em supedâneo probatório insuficiente".³¹

Nesse diapasão, revela-se incontestado o vínculo existente entre o princípio do *in dubio pro reo* e a garantia constitucional da presunção de inocência. Atestando tal relação, assegura Guilherme de Souza Nucci ³² que "ele se acha conectado ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII,CF), constituindo autêntica consequência em relação ao fato de que todos os seres humanos nascem livres em estado de inocência".

Contudo, imperioso se faz realçar que, devido sua cristalina correlação com o preceito constitucional de presunção de inocência, parte da doutrina entende que o conteúdo do princípio do *in dubio pro reo* está inserido naquele.

Desse modo, torna-se possível concluir que haverá a aplicação mais contundente do referido preceito no momento de julgamento do processo, estágio em que ocorrerá a análise da suficiência das provas e que surgirão eventuais dúvidas, enquanto que o princípio da não culpabilidade se estende no curso de todo o expediente, aplicando-se em todas as fases e atos processuais.

Tem-se também como premissa consequencial da presunção de inocência, o princípio da imunidade à autoacusação, que resguarda ao acusado o direito de não produzir provas em desfavor de si mesmo. Afinal, o Estado possui à sua disposição

³⁰ Art. 386, VII, CPP - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: não existir prova suficiente para a condenação

³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 108.

³² DE SOUZA NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 35.

inúmeros meios de investigação para verificar a ocorrência do ilícito imputado ao réu e, caso não reúna provas aptas a modificar o seu *status* de inocência, haverá a aplicação do princípio anteriormente estudado, o princípio do *in dubio pro reo*.

Permite-se, portanto, que o réu permaneça em silêncio tanto na fase pré-processual, como também na fase em juízo, não sendo possível ser compelido a contribuir com a persecução penal de modo que implique em formação de prova contrária a seu interesse.

Desse modo, nas palavras de Aury Lopes Jr, "o exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado"³³

A máxima do *nemo tenetur se detegere* (imunidade à autoacusação) é resultante da conjugação do direito humano de manter-se o réu calado diante de qualquer acusação e dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa.³⁴

Revela-se inquestionável, portanto, que a proteção do réu quanto à autoincriminação se constitui como decorrência lógica da presunção constitucional do seu status natural de inocência, sendo amplamente consagrado pela doutrina e jurisprudência, inclusive no que se refere ao Supremo Tribunal Federal.

Nada mais razoável do que consagrar ao indivíduo investigado a observância do devido processo legal para que se discuta a sua inocência, resguardando-se o seu direito fundamental de permanecer-se calado durante a ação penal, e até mesmo em quaisquer situações que possam ensejar em processo futuros com eventual acusação.

Afinal, revela-se incontestável a vulnerabilidade do cidadão diante do aparato estatal para o exercício da persecução penal. Isto é, o Estado constitui-se como polo mais forte na relação penal, tendo ao seu dispor uma série de agentes e órgãos que se destinam a colher provas contra o autor do suposto delito. Portanto, não seria plausível que diante dessa disparidade existente na relação penal, o Estado ainda exigisse a colaboração do acusado para sua própria incriminação.

³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 242.

³⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.262.

Em verdade, compelir o réu a produzir provas contra si mesmo para garantir o prosseguimento da ação penal, seria o mesmo que admitir o fracasso das autoridades estatais e reconhecer as fraquezas das armas do Estado no exercício de ser dever punitivo constitucional.

Ademais, há ainda que se considerarem as consequências do princípio da presunção da não culpabilidade no âmbito probatório do processo penal, posto que uma vez adotado o estado de inocência como o *status* jurídico natural do ser humano, caberá à acusação toda a responsabilidade para comprovação da culpabilidade do agente.

Sabe-se que, em regra, a distribuição do ônus da prova segue as diretrizes de isonomia inerentes ao processo em nosso sistema, posto que este está fundamentado no contraditório e na igualdade das partes. Contudo, devido às orientações constitucionais aplicáveis ao processo penal, sobretudo no que diz respeito à presunção de inocência, a regra de distribuição probatória baseada na paridade das partes sofre algumas modificações.

Assim sendo, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues ao tratar do princípio do *in dubio pro reo*, compreendem que este "mitiga, em parte, o princípio da isonomia processual".³⁵

Desse modo, considerando o estado constitucional de inocência do réu como base essencial do sistema probatório penal, não há como obstar a transferência da

³⁵ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 88.

integralidade do ônus probatório à acusação³⁶, sendo responsabilidade deste órgão comprovar a existência de fato típico e a sua autoria.³⁷

Em verdade, há que se considerar a distribuição do ônus da prova como o mais relevante efeito endo-processual do princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, os autores acertadamente enunciam que³⁸:

Do Princípio da Presunção de Inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois da sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Portanto, a guarida constitucional conferida à presunção de inocência do réu, transfere àquele que acusa a tarefa de provar a culpa do acusado. Desse modo, parte-se da premissa de que aquele que inaugurou a ação criminal, movimentando a máquina judiciária, estará incumbido de desconstituir a presunção constitucional contrária, qual seja: a inocência do réu.

Verifica-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência, ao exercer a sua função de princípio, inspira a criação de uma série de regras e princípios em nosso ordenamento, servindo como vetor orientador, inclusive, para interpretação e aplicação prática dessas máximas.

2.4 O PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO

³⁶ O art. 156 do Código de Processo Penal distribui o ônus da prova, nos seguintes termos: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Assim, parcela da doutrina entende que este dispositivo seria uma relativização do princípio do in dubio pro reo, a exemplo de Hélio Tornaghi (TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 310-311) e Afrânio Silva Jardim (JARDIM, Afrânio da Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 207), uma vez que o ônus da prova das causas legais de justificação seria da defesa, cabendo à acusação o ônus de provar a tipicidade objetiva e subjetiva. Dessa forma, entende Jardim que "a dúvida sobre a existência de legítima defesa, por exemplo, determinaria a condenação do réu, já que o caráter indiciário do tipo penal levaria à presunção da ilicitude da conduta, somente afastada pela prova plena em contrário do réu".

³⁷ SARMENTEO, George. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. Org: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Porto Alegre: Editora Nubria Fabris, 2008, p. 233.

³⁸ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 51.

Entende-se por jurisdição como forma de expressão da soberania do Estado, legitimando-o a editar normas e ministrar a justiça através de seus órgãos e agente estatais. Trata-se, portanto, de uma atividade ou encargo estatal que o impõe a função de aplicação do direito aos casos levados ao judiciário, com vistas a resolução das lides e pacificação de conflitos.

Traduz-se como poder outorgado, através da Constituição, ao Estado, legitimando-o a atuar aplicando as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão, afim de compor litígios e promover a pacificação social.³⁹

A jurisdição criminal se revela peculiar devido a aplicação de alguns princípios específicos da seara do crime, norteados pelo interesse público que cerca a efetivação do direito penal.

Dentre os princípios aplicáveis à jurisdição penal temos a premissa da indeclinabilidade, que prega a ideia de que o juiz não poderá se eximir do seu dever de julgar os casos que lhe forem apresentados, assim, uma vez provocado deverá apreciar o que lhe foi pedido. A máxima da improrrogabilidade, por sua vez, preza por assegurar o juiz natural⁴⁰ da causa não permitindo que a jurisdição seja prorrogada à autoridade que não tem competência fixada em lei.⁴¹

Ademais, regem ainda a jurisdição penal a regra da indelegabilidade, impondo que o magistrado não poderá transmitir o poder jurisdicional a quem não possui, enquanto que a regra da unidade firma a ideia de que a jurisdição é una, diferenciando-se apenas quanto ao grau de especialização.⁴²

Dessa forma, torna-se possível concluir que a função jurisdicional é uma atividade exercida unicamente pelo Estado, mais especificamente, pelo Poder Judiciário, ressalvadas as exceções constitucionais em que essa atividade é atribuída ao legislativo.

³⁹ DE SOUZA NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 203.

⁴⁰ Nas palavras de Aury Lopes Jr., compreende-se por princípio do juiz natural o "direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 443.)

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 345-346.

⁴² DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Op.cit*, 2015, p. 204.

Assim, asseveram Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ⁴³:

Como a autotutela foi banida, em regra, do ordenamento, coube ao Poder Judiciário a missão constitucional de certificar o direito, dirimindo as demandas que lhe são apresentadas. Em que pese a jurisdição ser ínsita ao Poder Judiciário, outros órgãos, com assento constitucional, também a exercem, como acontece na atuação política do Senado Federal no julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art.52,I,CF).

Desse modo, a jurisdição penal, monopolizada pelo Estado, realiza, portanto, a relevante função pública de adequação das normas legais aos fatos ocorridos que impliquem em violação à direitos e valores reconhecidos pela sociedade, nos exatos termos dos dispositivos jurídicos.

Há, entretanto, que se ressaltar as hipóteses excepcionais em que o particular poderá iniciar a ação penal, como é o caso dos crimes de ação penal privada ou até mesmo em situações em que, embora o crime seja tipicamente de ação penal pública, diante da inércia do órgão ministerial, o particular poderá se valer da ação privada subsidiária para tutelar os seus direitos. Contudo, impende salientar que mesmo nos casos em que o crime se processa mediante ação penal privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado.⁴⁴

Diante da monopolização da jurisdição por parte do Estado, nada mais lógico perceber que cabe a este no bojo do exercício desta função, e na titularidade da atividade persecutória, o encargo de provar a existência do fato típico, ilícito e culpável narrado na denúncia e praticado pelo réu, assumindo, por inteiro, o ônus da acusação, como já dito no tópico anterior.⁴⁵

Tal ideia pode ser sintetizada naquilo que preceitua o princípio da oficialidade, segundo o qual, a persecução penal pode ser entendida, como afirma Guilherme de Souza Nucci, como “uma função primordial e obrigatória do Estado. As tarefas de investigar, processar e punir o agente do crime cabem aos órgãos constituídos do Estado, através da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário”.⁴⁶

⁴³ TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**, 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 365.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 516.

⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 21 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p.27.

⁴⁶ DE SOUZA NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 54.

Desse modo, constata-se que em paralelo ao princípio da presunção de inocência está o direito-dever de punir do Estado. Este "poder-encargo" legitima o Estado a adentrar nas garantias fundamentais do indivíduo, tal como, a sua liberdade, como consequência à ofensa de um bem jurídico por ele resguardado.

A análise do conceito de bem jurídico será melhor desenvolvida no tópico 3.1.1 do presente trabalho, contudo, de antemão adianta-se a noção dada por Luiz Régis Prado acerca do tema, que entende que são "imprescindíveis para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade - e da dignidade da pessoa humana".⁴⁷

Percebe-se, portanto, que o direito penal se destina a selecionar os bens jurídicos essenciais de uma sociedade. Essa escolha ocorre com base nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, que serão determinantes para a realização da triagem do sistema penal.

Conforme preceitua o princípio da fragmentariedade, o direito penal somente criminalizará as ações ou omissões mais gravosas que sejam praticadas em desfavor de bens valiosos, demonstrando assim o caráter fragmentário da tutela penal.⁴⁸

O princípio da subsidiariedade, por sua vez, trabalha com a ideia de que o direito penal somente interferirá na proteção de um bem jurídico, caso o ramo ao qual ele pertença não exerça proteção suficiente. Isto é, o ramo criminal somente deverá agir no momento em que for identificada alguma deficiência na proteção daquele bem pelo seu ramo original. Desse modo, percebe-se que o direito penal se constitui como a última resposta de proteção a um bem jurídico por parte do Estado.⁴⁹

Afinal, a lei é o meio através do qual o Estado busca manter a harmonia e o equilíbrio social. Assim, ultrapassada a primitiva realidade da vingança privada, e considerando a função pública do direito penal, a instituição estatal assumiu o monopólio da sanção penal.

⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 52.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 148-149.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 54.

Isto é, a jurisdição penal é imprescindível, uma vez que, diferentemente dos ramos de direito privado, não foi outorgado aos cidadãos o poder de aplicar por si só o direito material para a solução de seus conflitos. Ademais, a sanção penal nem mesmo por vias administrativas poderá ser aplicada, devido ao alto grau de intervenção nas garantias fundamentais do ser humano, que exigem todo um aparato estatal tendo em vista obstar penas injustas ou desarrazoadas.

Desse modo, a tutela jurisdicional no bojo do direito penal tem por finalidade restabelecer a ordem na sociedade, promovendo uma melhor convivência social e garantindo, inclusive, que a pena exerça as suas funções de repressão e prevenção como prevê o art. 59 do Código Penal brasileiro⁵⁰, conforme será estudado em tópico específico (3.1.2.1).

O Estado, portanto, é o único titular do direito de punir, poder este impessoal e genérico, posto que não se dirige a ninguém especificamente, mas sim a toda a coletividade de forma abstrata, o qual se concretizará no momento em que alguém praticar um fato considerado típico por nosso ordenamento. Nesse momento então, poderemos falar que a concretização do poder de punir ganhará traços individualizados, pois se destinará a destrinchar as circunstâncias e a autoria do crime, como uma forma de resposta em Estado frente ao descumprimento da norma.

Obviamente que o poder do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva possui algumas limitações, afinal de contas, com o estado democrático de direito, a punição penal passou a ter contornos também sociais e não meramente formais, de modo que ao mesmo tempo em que se busca punir o infrator, preocupa-se também em violar o mínimo possível as suas garantias pessoais.

Nesse contexto, temos uma série de princípios que buscam limitar esse dever de punir do Estado, de modo a compatibilizar a satisfação penal punitiva com o respeito às garantias constitucionais, tendo em vista concretizar um direito penal mais humanizado.

Como exemplo de princípios limitadores da atuação estatal, temos em primeiro lugar o princípio da legalidade, o qual assegura a tipificação do crime e a delimitação

⁵⁰ **Código Penal Brasileiro.** Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

pena, de modo a afastar qualquer atividade discricionária pelo Estado⁵¹. Ademais, temos também o princípio da lesividade, o qual exige a existência de alguma lesão a bem jurídico, para que haja intervenção estatal.

Acerca do último princípio acima tratado, dispõe Rogério Greco⁵² sobre suas funções:

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Portanto, verifica-se que o poder punitivo estatal terá sempre os seus contornos delineados conforme o contexto social em que se vive, de acordo com o regime político em vigor, o que garante ao cidadão o não engessamento do direito penal, que estará sempre se moldando às novas ideologias.

Constata-se, então o enquadramento do poder-dever de punir do estado à ideologia democrática em que vivemos, que busca garantir ao agressor diversos direitos, inclusive alguns já tratados no tópico anterior, como por exemplo o direito de permanecer calado, o direito de não produzir provas contra si mesmo e o direito de ter a presunção a favor de sua inocência durante todo o curso do processo penal.

Portanto, diante da monopolização da pretensão punitiva por parte do Estado, cabe a este garantir a aplicação do direito material aos eventos ocorridos no mundo dos fatos, utilizando-se de todo o aparato ao seu dispor, tanto na fase investigativa, no exercício da atividade persecutória, quanto na fase judicial.

Desse modo, importante também concluir que o poder estatal de perseguir o crime identificando todos os seus elementos, bem como o poder de aplicar o direito penal ao caso concreto, com a observância do devido processo legal, integram a ideia de tutela jurisdicional garantida pela Carta Magna de 1988, a qual será analisada no capítulo seguinte.

⁵¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2015, p. 76.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013, p. 51.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Trata-se, o direito fundamental à tutela jurisdicional, de garantia facilmente assimilável no âmbito do Estado Democrático de Direito. Afinal, sabe-se que com a implementação deste modelo, o Estado monopolizou a resolução de conflitos, retirando do particular a possibilidade de tutelar os seus direitos por si só, com ressalva a algumas situações excepcionais previstas em lei.

Desse modo, nada mais coerente e razoável que o próprio Estado, proibidor do exercício da autotutela, disponibilizasse ao cidadão meios para acionar a máquina judiciária com vistas a informar acerca da violação do seu direito e pleitear pela sua reparação.

Nesse contexto, o instrumento oferecido foi o direito de ação, que no âmbito criminal, pode ser compreendido, nas palavras de Antônio Scarance Fernandes, como o direito "por meio do qual o seu titular pleiteia a condenação daquele a quem imputa a prática de determinada infração penal".⁵³

De acordo com o entendimento do mesmo autor, a classificação da ação penal que possui maior relevância é aquela que se baseia no titular de direito de ação⁵⁴. Esta categorização divide as ações penais em públicas e privadas.

A ação penal pública é aquela que possui o Estado como titular, subdividindo-se em incondicionada e condicionada à representação. Aquela independe do interesse das partes direta ou indiretamente afetadas pelo crime, enquanto esta sujeita-se à manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante para apuração dos fatos.⁵⁵ A ação penal privada, entretanto, é aquela que se desenvolve através de queixa e possui como titular o ofendido ou seu representante legal.⁵⁶

Desse modo, verifica-se que o Ministério Público é o titular exclusivo quando se trata de ações penais pública, atendendo ao que dispõe o art. 129, I da Constituição Federal, que ao dispor acerca das funções institucionais do órgão ministerial, lhe

⁵³ FERNANDES, Antônio Scarcela. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.18

⁵⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015, p. 555.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 866.

confere o encargo de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

Diante da máxima relevância da garantia do direito de ação, a Constituição Federal de 1988 estatui a garantia à todos de acesso irrestrito ao Judiciário em seu art. 5º, XXXV, preceituando que, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, considerando a titularidade do Estado em promover as ações penais públicas, que correspondem à grande parte dos crimes cominados em nosso Código Penal, e o princípio constitucional do acesso à justiça, temos o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Tal premissa consubstancia a ideia de que o Ministério Público possui não somente o direito, mas também o dever de oferecer a denúncia nos casos em que estiverem presentes os requisitos mínimos para sua propositura.⁵⁷

Outro princípio da seara criminal que também está em consonância com o atendimento do que dispõe a Carta Magna acerca da efetividade da tutela é o princípio da duração razoável do processo penal que engloba a ideia de que a tempestividade da prestação jurisdicional está inserida no próprio conceito de justiça.⁵⁸ Aury Lopes Jr., a respeito da extensão temporal da demanda criminal, assevera que a perpetuação excessiva do processo penal viola a garantias do réu, como por exemplo, a própria garantia do estado de inocência, em suas palavras:

(..) é fulminada a Presunção de Inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta.

Assim assevera o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, ao julgar o HC 94.000⁵⁹:

"(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 380.

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 69.

⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRITTO, Ayres. HC 94.000. Relator BRITTO, Ayres. Primeira Turma. DJE de 13 de março de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>. Acesso em 28 de nov de 2016

direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ('universalização da Justiça', também se diz).

Desse modo, o destaque conferido a este direito nos leva a compreender a preocupação do legislador constituinte em não apenas assegurar aos cidadãos o acesso à justiça, mas também a efetividade e concretude desta tutela oferecida pelo Estado.

Afinal, somente com a real eficácia da proteção estatal conferida aos indivíduos, de modo a garantir a produção dos efeitos desta tutela no mundo fático, estaríamos atendendo a determinação do legislador constituinte.

No que se refere à razoabilidade da duração da ação no âmbito do direito penal, esta questão ganha ainda mais relevância quando se trata das prisões cautelares. Guilherme de Souza Nucci evidencia essa análise ao verificar que impor a restrição à liberdade do agente de forma cautelar por longos períodos seria também desrespeitar a presunção de inocência que milita a favor do réu.⁶⁰

Isto é, a tempestividade da tutela integra a noção de efetividade resguardada pela Constituição Federal, uma vez que a morosidade na prestação jurisdicional a ser oferecida pelo Estado, poderá ser responsável pela própria violação de garantias e direitos fundamentais daquele que está sujeito ao Estado.

Obviamente, não se deve esquecer a flexibilidade inerente ao termo "razoável" utilizado. Afinal, não é possível que em nome de um processo célere, garantias processuais sejam desrespeitadas. Desse modo impõe-se a análise da razoabilidade da duração do expediente conforme as circunstâncias e as peculiaridades do processo, bem como a estrutura do órgão jurisdicional no qual tramita a demanda.⁶¹

Em verdade, há que se pontuar que o direito fundamental à tutela jurídica efetiva se revela como instrumento de execução dos demais direitos presentes no ordenamento, no momento em que se verifica que uma vez desrespeitado, haverá implicação imediata na tutela dos demais direitos constitucionalmente resguardados.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 49.

Trata-se, portanto, de requisito essencial para a sistemática jurídica adotada pelo Estado Democrático de Direito, configurando-se como peça chave para viabilizar que o cidadão acione o Estado acerca da violação de algum direito por ele tutelado.

A garantia à prestação jurisdicional efetiva é fruto da existência dos demais direitos do nosso sistema e constitui-se como contrapartida da proibição da autotutela. Desse modo, uma vez havendo a violação de algum direito resguardado pela legislação, a sua reparação plena dependerá da observância do direito à tutela jurisdicional efetiva.⁶²

Considerando o seu *status* de direito fundamental, imperativo se faz esclarecer a dupla perspectiva inerente a esta categoria de garantia que resguarda os direitos básicos dos cidadãos e afirma valores, revelada através das dimensões subjetiva e objetiva.

Esta dupla dimensionalidade característica dos direitos fundamentais significa que através do viés subjetivo, estas garantias podem ser compreendidas como direitos subjetivos individuais, relacionando-se à posição jurídica do indivíduo e à sua faculdade de exigir uma ação ou abstenção por parte do Estado.

O caráter objetivo dos direitos fundamentais, por sua vez, traduz uma atividade estatal com efeitos coletivos que estaria em consonância com os anseios da comunidade.

Nesse sentido, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet.⁶³

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções aos direitos fundamentais.

Verifica-se, portanto, que o legislador destacou os direitos básicos dos indivíduos, reconhecendo a máxima relevância dessas garantias e sistematizando-os em nosso ordenamento como verdadeiros mandamentos a serem seguidos pelo Estado, e que devem ser observados não somente na perspectiva individual, mas também sob o ponto de vista coletivo.

⁶² MARIONINI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais**. BuscaLegis. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016

⁶³ WOLFGANG SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 144.

Ou seja, as normas consagradas no rol de direitos fundamentais da nossa Constituição em seu art. 5º não se relacionam unicamente a um indivíduo, mas guardam pertinência com todos aqueles que compõe a sociedade civil, na medida em que resguarda valores e fins de uma ordem jurídica, influenciando de forma incisiva sobre a vida social da comunidade na qual esta inserida.

Desse modo, em termos práticos, constata-se que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva ultrapassa a mera satisfação individual do titular do direito, revelando-se como verdadeira política estatal destinada a ver concretamente resguardado o direito do cidadão ou eficazmente reparado em caso de violação.

No que se refere à classificação deste direito fundamental, não há dúvidas do seu enquadramento na categoria de direitos a uma prestação, uma vez que não guarda qualquer relação com a categoria dos direitos de defesa, não possuindo nenhuma natureza negativa.

Em verdade, é possível verificar que a prestação relacionada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva poderá ser exigida do Estado personificado através dos poderes legislativo e judiciário no exercício de suas funções, configurando-se, portanto, como um direito à tutela efetiva do direito material.⁶⁴

Isto é, o direito à tutela jurisdicional efetiva impede que os legisladores infraconstitucionais criem normas que tragam qualquer embaraço ou impedimento aos cidadãos no que se refere ao ingresso ao judiciário.

Torna-se fácil visualizar que esta regra também se destina aos juízes, no momento em que nosso ordenamento adota o princípio que veda o *non liquet*, de modo que o magistrado não poderá se eximir de julgar alegando qualquer obscuridade ou ausência de lei.

Ademais, o juiz ainda deverá estar atento em não somente conduzir o feito sem morosidade, mas também interpretar as normas postas à luz da premissa da efetividade da tutela, obrigando-se a extrair desses preceitos, regras processuais que potencializem a efetivação do direito fundamental à efetividade da tutela. Entretanto, mais uma vez ressalta-se a imperiosa necessidade de observância dos

⁶⁴ MARIONINI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais**. BuscaLegis. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016

direitos e prerrogativas do réu para que estes não sejam vilipendiados sob a justificativa de se estar cumprindo um direito fundamental.

Assim, constata-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva resguarda ao cidadão o direito de obter do Estado, instrumentos para acesso ao judiciário, bem como uma resposta útil, adequada e eficaz no que se refere à lide colocada em discussão pelo autor, além de ter respeitado o tempo razoável para a obtenção desta composição.

3.1 A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA ESFERA PENAL

O direito penal pode se compreendido como instrumento formal de controle social executado através do Estado e que se destina a regular as relações dos indivíduos na sociedade e destes com a sociedade⁶⁵, constituindo-se como a última esfera jurídica de proteção dos bens resguardados por nosso ordenamento que sejam essenciais para sobrevivência da coletividade.⁶⁶

Destina-se, portanto, a proteger a comunidade das possíveis agressões dos indivíduos que a compõe, assim como garante aos cidadãos a proteção quanto aos excessos da sociedade nos momentos de repressão e prevenção das condutas tipificadas como puníveis.

Assim, Paulo Queiroz, ao citar Muñoz Conde, preceitua que "a ordem jurídico-penal não é outra coisa senão um dos instrumentos destinados à socialização do homem; ou ainda: o direito penal é um sistema de controle social puramente confirmador de outras instâncias mais sutis e eficazes".⁶⁷

Desse modo, nada mais razoável que este ramo do direito tutelar apenas os bens e interesses de maior relevância para o indivíduo e para coletividade, uma vez que é área jurídica que possui instrumentos de maior intervenção na vida dos cidadãos.⁶⁸

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.37.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 138.

⁶⁷ QUEIROZ, Paulo. (apud) Muñoz Conde, Derecho penal y control social, p. 17. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015, p. 61.

⁶⁸ COELHO, Yuri carneiro. **Bem Jurídico - Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 113

Isto é, ao mesmo tempo em que exerce a sua função essencial na sociedade, combatendo legitimamente a violência e garantindo a harmonia social, o direito penal, quando exercido, em grande parte das vezes, limita direitos fundamentais do acusado, em especial, o direito à liberdade.

Por esta razão, a seara criminal, conforme já tratado no presente trabalho, está pautada nos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, o que significa dizer que farão parte do arcabouço penal apenas os bens jurídicos mais essenciais da comunidade que já se constituem como objeto de proteção de demais áreas do direito. Ademais, a tutela penal somente será acionada caso a guarida conferida pelos demais ramos se revele insuficiente.

Nesse sentido, uma vez ocorrendo violação ou ameaça de violação a um bem jurídico penalmente resguardado, haverá hipótese de aplicação da tutela penal, que se opera, em regra, pelo Estado, através do Ministério Público, embora hajam situações excepcionais em que o particular terá a iniciativa, como nos casos de ação penal privada, seja nos casos típicos ou nos casos em que ela exerce função subsidiária devido à inércia do órgão ministerial.⁶⁹

Consoante o que fora disposto no tópico anterior, a efetividade da tutela constitui-se como direito fundamental do cidadão em qualquer dos ramos jurídicos, o que, obviamente, também inclui a esfera penal no que diz respeito aos bens jurídicos selecionados por esta área.

Há que se verificar que o caráter fundamental da efetividade da tutela na seara penal se torna ainda mais latente quando se considera que esta é a última e mais gravosa resposta estatal em face do cometimento de um ilícito.

Deve-se ressaltar que não se tenta aqui minimizar a importância da efetividade da tutela nos demais ramos do direito, mas sim demonstrar que as peculiaridades inerentes à tutela penal, no que se refere aos efeitos para além das partes, potencializam a relevância de se observar o mandamento constitucional de efetivação da tutela jurisdicional.

Os aspectos especiais que circundam a jurisdição criminal estão relacionados à repercussão social da violação de um bem jurídico penalmente tutelado, bem como os efeitos decorrentes da punição do responsável.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 199.

Nesse sentido, há de se destacar os principais elementos que garantem à seara criminal maior atenção no que se refere à sua efetividade, conforme destrinchado abaixo.

3.1.1 O interesse público

Sabe-se que uma das principais funções do direito penal constitui-se em viabilizar a vida em sociedade, isto é, a convivência conjunta através da pacificação dos conflitos mais extremos fruto da existência em comunidade, com vistas a obter a harmonização entre os diversos interesses contrapostos.⁷⁰

A jurisdição penal, uma vez operada, transcende aos interesses das partes, atingindo toda a coletividade que, com base na existência deste ramo jurídico sancionatório, é acometida pela sensação de segurança e proteção.

Desse modo, no momento em que há uma resposta jurídica dentro da seara criminal em face da ocorrência de algum ilícito, toda a coletividade é atingida pelos efeitos da tutela. Afinal, a população anseia por uma sociedade livre da violência e confia no Estado para a busca da concretização deste ideal.

Isto é, a sociedade, a partir do momento em que se submete ao ordenamento jurídico criminal, espera que o Estado, através de seus instrumentos, garanta a efetiva proteção dos bens jurídicos ali dispostos, bem como aplique as devidas represálias ao agente violador.

Portanto, diante dessa expectativa de proteção criada pelo Estado no momento em que tomou para si o encargo- poder de punir, torna-se inquestionável que no instante em que deixa de prestar uma tutela penal condenatória em uma situação cabível, acaba por frustrar toda a sociedade.⁷¹

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 92

⁷¹ SCHLICKMANN, David; HOBOLD, Caroline; BIANCO, Rosiane da Rosa. **A tutela jurisdicional efetiva na esfera penal – o repensar de um sistema fadado ao fracasso**. JusNavigandi. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/34763/a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-esfera-penal>. Acesso em: 15 nov. 2016

Nesse sentido, asseverou a Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Pernambuco, Janeide Oliveira de Lima⁷²:

O objeto da tutela penal é o interesse público em amplo sentido. Bens protegidos pelo Direito Penal não interessam só a indivíduos, mas a toda uma coletividade. O delito ofende a sociedade, é o Estado que exerce o direito de punir.

Desse modo, consoante fora dito em tópico anterior, o direito penal destina-se a promover a proteção de bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento, com base nas premissas da fragmentariedade e subsidiariedade.

Nesse sentido, há de se esclarecer que o próprio conceito de bem jurídico, segundo Claus Roxin, está entrelaçado à questão do interesse público inerente à seara criminal. Afinal, segundo o citado autor, entende-se por bens jurídicos penalmente tutelados, aqueles que garantem os direitos humanos e civis aos cidadãos, além de serem necessários para uma vida livre e justa.⁷³

Assim, entende Yuri Carneiro Coelho que os bens jurídicos penais devem estar ancorados nos valores constitucionais aptos a relativizar o princípio da liberdade e limitar o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁴

Outro elemento que evidencia a relevância pública e social da tutela penal é o princípio da obrigatoriedade da ação penal, já tratado neste capítulo. Conforme elucidado anteriormente, preceitua o referido princípio que os aqueles incumbidos da persecução penal, tal como o delegado de polícia e o promotor de justiça, não poderão se utilizar de qualquer juízo de discricionariedade para agir, uma vez presentes os requisitos mínimos para tal.⁷⁵

Isto é, esta obrigatoriedade existe justamente em razão do interesse público na promoção da ação penal, que impede que o Ministério Público exerça análise de conveniência e oportunidade para propositura da demanda.⁷⁶

⁷² DE LIMA, Janeide Oliveira. **Objeto da tutela penal é interesse público**. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-30/aos-doze-objeto-tutela-penal-interesse-publico-amplo-sentido>. Acesso em 15 nov. 2016.

⁷³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

⁷⁴ COELHO, Yuri carneiro. **Bem Jurídico - Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 96-97.

⁷⁵ TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016, p. 58-59.

⁷⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 126.

Outro desdobramento dessa ideia do valor social resguardado na tutela penal está consubstanciado no princípio da indisponibilidade da ação penal, que, seguindo a lógica do preceito acima tratado, veda que o órgão ministerial desista da ação penal que foi obrigado inicialmente a ingressar ou do recurso interposto. Estas regras estão dispostas de forma expressa nos artigos 42⁷⁷ e 576⁷⁸ do Código de Processo Penal Brasileiro.⁷⁹

Entretanto, deve-se esclarecer que os princípios acima tratados regem apenas os crimes processados através de ações penais públicas, posto que tratando-se de ações penais privadas os princípios orientadores baseiam-se nas premissas de conveniência e oportunidade.

A título de esclarecimento, vale aqui elucidar os princípios que circundam as ações penais privadas, quais sejam o da oportunidade, segundo o qual caberá à vítima ou ao seu representante legal analisar as vantagens e desvantagens em submeter seu caso ao processo, optando ou não pelo início da persecução penal, e o da disponibilidade que significa dizer que o ofendido poderá renunciar o seu direito de ação, desistindo do processo ou até mesmo oferecer o perdão.⁸⁰

3.1.2 A finalidade

A finalidade da prestação jurisdicional penal não se limita à previsão abstrata de sanções penais, nem mesmo à finalização de um processo com sentença condenatória. Necessário se faz o esgotamento de todos os meios de prova em direito admitido, que sejam adequados ao deslinde da questão, além da inexorável relevância em aplicar o cumprimento da pena fixada.

Isto é, a efetividade da tutela impõe ao Estado o empenho nas investigações e na utilização de todos os instrumentos oferecidos pelo ordenamento, para que ao final, haja uma resposta satisfatória à sociedade.

⁷⁷ **Código de Processo Penal Brasileiro**. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

⁷⁸ **Código de Processo Penal Brasileiro**. Art 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 54.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 403.

Compreende-se por satisfatória uma resposta sólida, consistente e devidamente fundamentada nas provas colhidas durante a instrução, seja ela conclusiva pela absolvição ou condenação do réu.

Quando a resposta for condenatória, há ainda que se observar, para se verificar a efetividade da tutela, se a sanção determinada fora devidamente cumprida em seus exatos termos.

Ademais, buscando-se uma efetividade total da prestação jurisdicional, essencial se faz verificar se a pena aplicada pelo julgador exerceu, finalmente, as funções pela qual ela foi posta. Ou seja, o esgotamento da tutela penal com o alcance dá máxima concretização, se vislumbra através da obtenção da finalidade da sanção.

No que se refere à finalidade da pena, há que se destacar o que dispõe o art. 59 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*, “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Desse modo, verifica-se que o legislador deixa claras as funções repressiva e preventiva da pena, de modo que esta deverá ser fixada de forma apta a reprimir o autor da conduta, bem como adequada a evitar novas infrações.

Entretanto, sabe-se que a discussão sobre a finalidade da pena incitou a formulação de diversas teorias que serão abaixo tratadas.

3.1.2.1 das funções da pena

As teorias absolutas, assim denominadas como contraponto às teorias relativas, consubstanciam a tese de que a pena possui como principal função a retribuição. Isto é, entende-se que a sanção penal retribui o mal cometido pelo infrator, alcançando-se o equilíbrio. Seria ela chamada de absoluta porque está desvinculada

de qualquer finalidade social, entrelaçando sua função somente a uma questão compensatória.⁸¹

Tais teorias possuem como justificativa a exigência de justiça, trabalhando com a lógica de que deve-se punir o agente porque este cometeu um crime. Portanto, estaria baseada na lógica de que a pena seria um fim em si mesma, não havendo qualquer preocupação com os seus efeitos para além do infrator.⁸²

Desse modo, a pena seria aplicada como decorrência lógica da prática do delito, estando totalmente desvinculada de qualquer atividade preventiva. Seria uma verdadeira afirmação do direito penal, uma vez que poderia traduzir-se apenas na confirmação e aplicação do ordenamento jurídico.

Entre os principais defensores dessa vertente, destacam-se Kant e Hegel, pensadores alemães que desenvolveram posicionamentos em relação à função da pena sob o aspecto das teorias absolutas.

Immanuel Kant advogava a tese de que a pena seria compreendida como um imperativo categórico, constituindo-se como uma norma imperativa, racional e que buscava se tornar também universal.

Segundo esse pensador, "quando a justiça é desconhecida, os homens não tem razão de ser sobre a Terra"⁸³. Nesse sentido, defendia que mesmo havendo um único criminoso e houvesse riscos de desaparecimento da sociedade, o infrator deveria ser punido.⁸⁴

Kant baseou seu entendimento na Lei do Talião, defendendo que a represália penal deveria guardar relação com o mal produzido pelo agente. Verifica-se que este seria um método desumano para soluções de conflitos que emergem de uma sociedade, uma vez que legitima o uso de violência para combater o responsável.

⁸¹ COELHO, Yuri carneiro. **Bem Jurídico - Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 17.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.133

⁸³ KANT, Immanuel. *Princípios Metafísicos de la Doctrina*, p. 167, apud BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.105.

⁸⁴ EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. 1. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 15.

Contudo, não obstante as adversidades presentes no pensamento de Kant, há que se reconhecer os méritos do seu posicionamento, como bem destacou Gamil Foppel El Hireche:⁸⁵

Desta maneira, é certo que, a despeito de estar marcada por problemas intransponíveis, a Teoria de Kant logrou estabelecer, ao contrário do que afirma ROXIN, uma concepção inicial de limite às penas, embasando-se, para tanto, na ideia de proporcionalidade.

George W. F. Hegel, por sua vez, trabalhou sua ideia com base na ordem jurídica, diferenciando-se de Kant, que se debruçou sobre o viés moral da aplicação da pena. Ou seja, embora ambos sejam defensores das teorias absolutistas, respaldaram-se em justificativas diferentes.⁸⁶

Hegel expôs o seu posicionamento na obra *Princípios de Filosofia do Direito*, entendendo, a partir de um pensamento dialético, que a pena seria nada mais do que a reafirmação do próprio direito.

Afinal, defende que o cometimento de um ilícito seria uma afronta ao direito, tendo a pena a finalidade de anular esta violência, constituindo-se como a restauração do ordenamento.⁸⁷

As teorias relativas, por sua vez, rompem com a ideia de que a pena possui um fim em si mesma, e passa a buscar finalidades para essa sanção. Passa-se a entender que a pena seria um mecanismo para combater a ocorrência de crimes. Assim, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt "a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática".⁸⁸

Baseiam-se, portanto, na ideia de prevenção que se biparte em prevenção geral, em seu aspecto positivo e negativo, e em prevenção especial, também nos aspectos positivos e negativos.

A prevenção especial procura impedir a prática do delito dirigindo-se ao delinquente. Em sua vertente positiva, trabalha com a questão da reeducação do agente, tentando evitar que ele volte a infringir a lei. Busca, desse modo, evitar a reincidência. O viés negativo, entretanto, trabalha com a ideia de neutralização do

⁸⁵ EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. 1. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 18.

⁸⁶ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.19-21.

⁸⁷ *Ibidem*, p.21.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.142.

indivíduo infrator. Ou seja, satisfaz-se esta pretensão no momento em que o delinquente é segregado e afastado do convívio social.⁸⁹

No que se refere à prevenção geral negativa, há uma lógica de intimidação, de modo que a partir do momento em que o infrator da norma é condenado a uma represália penal, todos aqueles que compõem a sociedade estarão cientes das consequências decorrentes da prática de um ilícito e por isso, refletirão antes da prática de um crime.⁹⁰

A pena, ao exercer sua função de prevenção geral em seu viés positivo está relacionada à questão da integração social, no sentido de mostrar a sociedade a imperiosa necessidade de observância das normas penais, tendo em vista a proteção de valores essenciais.⁹¹

Entretanto, consoante o que dispõe o art. 59⁹² do Código Penal Brasileiro, antes transcrito, verifica-se que nosso ordenamento não adotou, em particular, nenhuma das teorias citadas, uma vez que o disposto no citado dispositivo não se limita ao conteúdo das teorias absolutas e nem mesmo das teorias relativas. Afinal, traz expressamente as funções repressiva e preventiva da pena.

Quanto à função da pena na legislação brasileira, entende Paulo de Souza Queiroz que nosso ordenamento mais se aproxima da teoria dialética-unificadora de ROXIN⁹³. Esta teoria compreende a ideia de que a pena deve ter como fim, tanto a prevenção especial, quanto a prevenção geral. Portanto, a pena deve exercer a função de ressocializar o agente, bem como revigorar a confiança da sociedade em nosso sistema.⁹⁴

Esta teoria busca recolher os elementos mais acertados das teorias absolutas e relativas, superando as deficiências de cada uma. Desse modo, com base nessa

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.152.

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 15 Ed. Editora Impetus: Rio de Janeiro, 2013, p. 475

⁹¹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.40.

⁹² Código Penal Brasileiro. Art. 59 - o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁹³ QUEIROZ, Paulo. *Op.cit*, 2001, p. 83.

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit*. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.157.

lógica, não é possível basear-se na racionalidade de apenas uma das teorias para alcançar uma pena justa proporcional.

Portanto, conclui-se que a pena em um primeiro momento deverá exercer a função de intimidar a sociedade no que se refere à prática de delitos, protegendo os bens jurídicos. Em um segundo instante, a pena deverá ser individualizada pelo juiz, conforme as circunstâncias do caso e as peculiaridades do agente. Por fim, a sanção penal deverá promover os seus efeitos sociais de ressocialização e integração.⁹⁵

3.2 DO DISCURSO AOS ENTRAVES À EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL

Diante do discurso da crescente impunidade cada vez mais presente no cenário atual, necessária se faz a análise de eventuais obstáculos existente na forma de aplicação e interpretação do direito penal e até mesmo de regras postas em nosso ordenamento que podem, na prática, prejudicar a persecução penal.

Sabe-se que diante da característica progressista de nosso Código Penal, típico atributo das legislações pertencentes ao Estado Constitucional de Direito, derivam uma série de regras que visam assegurar os direitos fundamentais individuais e coletivos resguardados pela nossa Constituição.

Estas regras, para parte da doutrina, consubstanciam o chamado hipergarantismo penal que prejudica a concretização das leis penais. Desse modo, preceitua Selma Pereira de Santana⁹⁶:

(..) entre o hipergarantismo e o Direito Penal do Inimigo, o intérprete deve buscar o justo equilíbrio entre garantismo e eficiência, de sorte que o movimento pendular da história não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade.

O direito de não produzir provas contra si mesmo, por exemplo, é compreendido por alguns operadores do direito como empecilho à efetividade da tutela penal, posto que em diversos casos em que há sentença absolutória por insuficiência de provas, o crime investigado poderia ser comprovado através da colaboração do réu.

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 69-71.

⁹⁶ SANTANA, Selma Pereira. **Temas de Direito Penal e Processual Penal**. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos.. Org: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIRECHE, Gamil Foppel. Editora Juspodvim, 2013, p. 552.

Assim, o réu não poderia ser compelido a participar da reconstituição do crime, conforme acertadamente decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RHC 64.354⁹⁷ em 1987, pela ilegalidade da prisão preventiva decretada em razão da recusa do réu para colaborar com a reconstituição do delito, consoante transcrição abaixo:

RECONSTITUIÇÃO DE CRIME (REPRODUÇÃO SIMULADA DE DELITO DE HOMICÍDIO) (ART. 7. DO C.P.PENAL). DILIGENCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFERIDA PELO JUIZ, NA FASE DO INQUERITO POLICIAL, E A CUJA REALIZAÇÃO OS INDICIADOS SE TERIAM NEGADO A COMPARECER. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE APENAS NESSA RECUSA DOS INDICIADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COMO DECRETADA, SEM PREJUÍZO DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DE OUTRA, SE CARACTERIZADA QUALQUER DAS SITUAÇÕES DO ART. 312 DO C.P.P. E COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7., 260 E 312 DO C.P.P.. SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES FOI DECRETADA APENAS E TÃO-SOMENTE PORQUE NÃO SE TERIAM DISPOSTO A PARTICIPAR DA DILIGENCIA DE REPRODUÇÃO SIMULADA DO DELITO DE HOMICÍDIO (RECONSTITUIÇÃO DO CRIME), FICOU CARACTERIZADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL REPARAVEL COM 'HABEAS CORPUS'. (STF - RHC: 64354 SP, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 01/07/1987, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 14-08-1987 PP-16086 EMENT VOL-01469-01 PP-00082)

Portanto, verifica-se que esta garantia constitucional acaba por impor limites ao Estado no exercício de sua persecução, culminando, em alguns casos, na impunidade do infrator.

Samuel Miranda Colares, Promotor de Justiça do Estado da Paraíba, além de compreender que esta garantia não encontra respaldo expresso em nossa Constituição, entende que este preceito deve ser lido com cautela, para que o cidadão não o utilize impedindo a investigação do Estado, "sob pena de superestimar o direito de uma única pessoa, subestimando o direito de toda a sociedade de apurar e punir delitos"⁹⁸.

Nesse seguimento, conclui o autor ⁹⁹:

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Habeas Corpus. São Paulo. Processo RHC 64354 SP.

⁹⁸ COLARES, Samuel Miranda. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo>. Acessado em 16 nov. 2016

⁹⁹ *Ibidem*

Entendemos que a aplicação do processo penal não serve ao réu, mas sim a toda a sociedade (inclusive ao réu), para esclarecer a existência ou inexistência de um determinado crime. Se de um lado a persecução penal é um mal, em si mesmo, para o réu, de outro, pode ser um mal necessário, caso o crime realmente exista e o acusado seja o seu autor. Será imperativa a aplicação da pena para “reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”, e neste contexto o processo penal é o único instrumento aceitável para se chegar a este objetivo.

Portanto, em síntese, constata-se que o réu possui a garantia de não ser compelido a facilitar as investigações, o que não significa dizer que estará legitimado a atrapalhar a atividade estatal, sob pena de incidir em hipótese de abuso de direito e obstar a efetividade da tutela penal.

Outro instituto que também influi na questão do direito fundamental à tutela jurisdicional na seara criminal é a transação penal, previsto no art. 76 da Lei dos Juizados Federais (Lei nº 9.099/95). Afinal, trata-se de medida despenalizadora, que se dá através de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato.

Esta resolução entre as partes ocorre antes do oferecimento da denúncia e tem por objetivo evitar a instauração de uma ação penal, adiantando ao acusado a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa¹⁰⁰, nos casos de crimes que se encaixem no conceito de menor potencial ofensivo.¹⁰¹

Sabe-se que a transação penal depende de sentença homologatória¹⁰², momento em que será prestada a tutela jurisdicional. Entretanto, os críticos desse instituto questionam a ausência de submissão do acusado ao processo penal, o que impede a prestação jurisdicional baseada em sentença condenatória ou absolutória.

A suspensão condicional do processo também está prevista na Lei dos Juizados Federais em seu art. 89, segundo o qual, *in verbis*, "nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena".

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 963.

¹⁰¹ Crimes aos quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa

¹⁰² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Lex Magister, 2012, p. 65.

Trata-se, portanto, de mais uma hipótese em que o Estado presta a tutela jurisdicional sem que resulte na prolatação de decisão condenatória, em nome da celeridade processual e despenalização de condutas, tal como o que ocorre na transação penal.

Contudo, diferenciam-se os institutos no que se refere à existência de uma demanda. Afinal, conforme já foi dito, a transação penal ocorrerá antes de oferecida a denúncia por parte do Ministério Público, enquanto que a suspensão condicional pressupõe a existência de uma ação em trâmite.¹⁰³

Outro instituto apontado pelos críticos do garantismo como motivo de descrédito do sistema penal diz respeito ao livramento condicional. Esta medida pode ser traduzida na ideia de liberdade antecipada, uma vez que, "cessa a efetiva privação de liberdade do condenado, antes do cumprimento do tempo fixado na sentença, processando-se o restante da execução em liberdade".¹⁰⁴

Este benefício somente será alcançado pelo condenado no bojo da execução, após o cumprimento parcial da pena, conforme dispõe o art. 83 e seguintes do Código Penal Brasileiro.

Desse modo, verifica-se que o livramento condicional, não obstante a previsão de situações que autorizam a sua revogação, consoante artigos 86, 87 e 88 também do Código Penal Brasileiro, é compreendido por aqueles que anseiam pela efetividade do direito penal, como um empecilho à concretização da finalidade repressiva da lei penal.

A remição, por sua vez, permite o abatimento de parte da pena a ser cumprida pelo trabalho ou estudo realizado dentro da prisão¹⁰⁵. Este instituto existe com a finalidade de facilitar a ressocialização do condenado na coletividade, posto que desenvolve dentro dos presídios conhecimentos técnicos e intelectuais que serão indispensáveis para inserção do preso dentro do mercado de trabalho.

Verifica-se, portanto, que esta previsão legal permite que o condenado se submeta à pena privativa de liberdade por tempo menor do que aquele inicialmente fixado pelo

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 972.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 759

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 757

juiz julgador, indicando também mais um cenário, segundo críticos, de garantismo exacerbado que mais uma vez impede o alcance da finalidade da pena.

Entretanto, há que esclarecer que não se está aqui reprovando os institutos acima tratados, tendo em vista que estes foram criados justamente para que o Estado se concentre em reprimir os crimes mais gravosos, bem como evitar longos períodos de privação de liberdade quando for possível que o detento colabore com essa diminuição.

O que se pretende é esclarecer a visão dos críticos ao garantismo penal que interpretam os institutos tratados como obstáculos concretização da lei penal, seja no que se refere à sua aplicação, seja no que concerne ao atendimento das finalidades da pena, especialmente quanto a questão da repressão e do desestímulo à prática de delitos.

Outro grande obstáculo para a efetividade da prestação jurisdicional na seara penal para alguns crítico é a fuga dos condenados durante a execução da pena. Sabe-se que esta é uma situação que o direito penal não poderá impedir através de suas normas, mas somente através de uma melhoria nas estruturas dos presídios.

Contudo, segundo os operadores do direito, o ordenamento jurídico poderia trazer uma maior reprimenda àqueles presidiários fugitivos capturados, com vistas a intimidá-los a promover novas fugas e até mesmo exercer uma prevenção geral quanto aos demais condenados submetidos ao sistema carcerário.

Isto é, no cenário atual, em termos práticos, a fuga ainda é vantajosa para o condenado, uma vez que, na pior das hipóteses, ou seja, caso seja posteriormente capturado, não haverá agravamento de sua pena, mas tão somente sanções internas relativas a penas disciplinares dentro do próprio sistema prisional.¹⁰⁶

Ademais, há ainda que se destacar que uma vez foragido, haverá reabertura do prazo prescricional¹⁰⁷, de modo que caso o preso permaneça em fuga durante todo o prazo, haverá hipótese de extinção da punibilidade.

¹⁰⁶ SCHLICKMANN, David. **A tutela jurisdicional efetiva na esfera penal**. Jusnavigandi. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/34763/a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-esfera-penal>. Acesso em 18 de nov 2016

¹⁰⁷ **Código Penal Brasileiro**. Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena

Portanto, a crítica que se quer aqui demonstrar é que o ordenamento jurídico teria meios para desestimular a fuga através de sanções mais incisivas e específicas no caso de presidiários foragidos, como forma até mesmo de equilibrar as deficiências do sistema prisional pátrio.

3.2.1 O princípio da presunção de inocência e a questão da prescrição penal

Merece destaque, entretanto, a análise do discurso do princípio da presunção de inocência como empecilho à prestação efetiva da tutela penal.

Sabe-se, conforme já foi exaustivamente tratado no capítulo anterior, que o princípio em exame possui guarida constitucional e resguarda ao indivíduo o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da decisão que o condenou.¹⁰⁸

Desse modo, considerando o que dispõe a Carta Magna, não seria possível adiantar ao acusado qualquer efeito final do processo antes de cessado o prazo para interposição de recurso ou do julgamento destes, se for o caso. Isto é, após a sentença condenatória recorrível não seria possível a aplicação da pena ao réu, de modo que este aguardaria em liberdade o trânsito em julgado da decisão.

Logo, diante da notória morosidade dos nossos órgãos judiciais, na grande maioria dos casos, o réu, condenado em primeira instância, terá direito a permanecer em liberdade até que seja julgado o seu recurso, o que traz a sensação insuficiência da tutela penal, especialmente quando se analisa sob a perspectiva do tempo razoável de duração da demanda.

Para melhor compreensão dos motivos daqueles que entendem a presunção de inocência como óbice à tutela penal efetiva, necessário se faz esclarecer algumas questões relativas à prescrição do poder punitivo estatal, conforme os entendimentos do nossos tribunais superiores.

O fenômeno da prescrição diz respeito ao não exercício do *jus puniendi* estatal dentro do lapso temporal previamente fixado em lei. Nosso Código Penal prevê duas espécies de prescrição, uma chamada de prescrição da pretensão punitiva,

¹⁰⁸ **Constituição Federal:** art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

que ocorre antes do trânsito em julgado da ação penal, e outra denominada de prescrição da pretensão executória, que somente se dá após o trânsito em julgado da decisão.¹⁰⁹

A prescrição da pretensão punitiva, a qual merece atenção no presente trabalho, implica na "perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém"¹¹⁰ e está regulada pelos arts. 109 e 110¹¹¹ do Código Penal Brasileiro.

Nosso ordenamento traz algumas causas suspensivas da prescrição, com o fito de compensar a impossibilidade ou extrema dificuldade de os agentes públicos exercerem a persecução criminal. Nessa situação haverá paralisação da contagem do prazo até a retirada do óbice existente.¹¹² Estas hipóteses estão presentes no art. 116 do Código Penal¹¹³ e outras leis independentes, a exemplo da Lei n. 9.099/95.

Contudo, importa para o deslinde do problema-objeto deste trabalho a análise das causas interruptivas da prescrição que estão previstas no art. 117 do Código Penal que serão aqui examinadas.

As causas interruptivas da prescrição correspondem à demonstração do Estado do interesse na perseguição do crime, de modo a justificar o prolongamento do prazo

¹⁰⁹ PRADO, Regis Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.675.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 716.

¹¹¹ Código Penal Brasileiro. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

¹¹² FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 99.

¹¹³ **Código Penal Brasileiro**. Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

prescricional, através do início de um novo prazo em que se desconsidera o lapso temporal transcorrido.¹¹⁴

A primeira causa interruptiva prevista no art. 117 do CPB diz respeito ao despacho de recebimento da denúncia ou queixa, que não se confunde com o momento do oferecimento da denúncia ou queixa. A segunda e terceira hipótese interruptiva se referem à decisão de pronúncia, interrompendo a prescrição tanto no momento em que ela é prolatada, quanto no momento em que é confirmada pelo tribunal. A quinta e sexta causa interruptiva se referem ao início ou continuação do cumprimento da pena e à reincidência, respectivamente.

O marco interruptivo previsto no inciso IV do artigo analisado diz respeito à sentença ou acórdão condenatório ainda recorrível, hipótese esta que merece destaque diante de sua relevância para o exame do objeto deste trabalho.

O nosso Código Penal, até 2007, somente previa a possibilidade de sentença condenatória interromper o prazo prescricional. Diante da omissão do CPB no que se refere aos acórdãos condenatórios, a doutrina entendia que tanto o acórdão que condenava em ações originárias dos tribunais, quanto os acórdãos que reformavam sentenças absolutórias, justificavam a interrupção da prescrição.¹¹⁵

Os acórdãos confirmatórios das condenações de primeiro grau, entretanto, não interrompia a prescrição. De acordo com Paulo Queiroz, este entendimento fundava-se no argumento de que, quando o legislador quis se referir à decisão confirmatória, expressamente fez, como foi o caso da decisão de pronúncia.¹¹⁶

Embora em 2007, a Lei n. 11.596 tenha sido editada, nas palavras do citado autor, "justamente com a finalidade de dar efeito interruptivo também ao acórdão confirmatório da sentença penal recorrível, conforme consta expressamente do Projeto nº 401/2003"¹¹⁷, parte da doutrina continuou afirmando a existência de omissão e seguindo com o antigo entendimento.

Assim, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se entendendo que o acórdão confirmatório da decisão não será apto a interromper o prazo prescricional, conforme se constata no referido julgado abaixo:

¹¹⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 121.

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015, p. 582.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 583.

¹¹⁷ *Ibidem loc. cit.*

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRETENDIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU - MENORIDADE - ALEGADA CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - EFICÁCIA INTERRUPTIVA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO (QUE REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA) - INTERRUPTÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL QUE SE REGISTRA NA DATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO - PEDIDO INDEFERIDO. - O acórdão condenatório, que reforma sentença penal absolutória, reveste-se de eficácia interruptiva da prescrição penal. Ao contrário do que ocorre com o acórdão meramente confirmatório de anterior condenação, que não se qualifica como causa de interrupção do lapso prescricional, o acórdão condenatório equipara-se, para os fins a que se refere o art. 117, inciso IV, do Código Penal, à sentença condenatória recorrível. - A data em que o acórdão condenatório - que reformou sentença de absolvição - interrompe a prescrição é aquela em que se realizou a sessão de julgamento na qual o Tribunal decidiu o recurso interposto pelo Ministério Público ou por seu assistente, e não a data em que se deu a publicação formal de referido acórdão. Precedentes. (grifo nosso)

Diante desse contexto, os causídicos se utilizavam maliciosamente da conjugação da garantia constitucional da presunção de inocência e do entendimento acima exposto, interpondo recursos sem qualquer fundamento, tendo em vista obter a prescrição dos crimes cometidos. Afinal, até o julgamento dos recursos pendentes não seria possível a execução da pena.

Portanto, o direito de ser presumido inocente, diante do cenário jurídico existente, por si só, passou a ser compreendido por alguns críticos como um entrave à concretização da tutela, sendo potencializado pelo entendimento acima transcrito e levando a situações até mesmo de impunidade, como nos casos em que há a interposição irrestrita de recursos até o alcance da prescrição.

Foi nesse cenário de tutelas insuficientes e de situações de impunidade que o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de impedir tais condutas atentatórias ao princípio da boa fé processual e garantir a efetividade da jurisdição prestada, optou por permitir a execução da pena provisória antes do trânsito em julgado da decisão no bojo da decisão denegatória proferida no HC 126.292, consoante transcrição abaixo:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Ou seja, diante de tal entendimento, a pena poderá ser aplicada provisoriamente ainda que haja recurso especial e/ou extraordinário pendente de apreciação pelo Judiciário.

Nesse contexto, diante da gravidade da decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, da repercussão jurídica e social deste novo entendimento, e da sua relevância para o deslinde da questão principal do presente trabalho, reserva-se a análise mais profunda desta matéria para tópico apropriado.

4 A DECISÃO DO STF NO HC Nº 126292

Em 17 de fevereiro do ano de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo do Habeas Corpus (HC) 126.292, proferiu decisão denegatória na qual seus Ministros, por maioria dos votos, entenderam possível o início da execução provisória da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau.

Isto é, a Corte entendeu pela desnecessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória para que a pena pudesse ser executada. Desse modo, a responsabilização criminal do acusado é definitivamente decidida nas instâncias ordinárias, no momento em que se esgota o conteúdo do princípio do duplo grau de jurisdição.

Necessário se faz evidenciar que a decisão ora examinada indicou alteração no posicionamento da Corte, que desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 em 2009, objeto de análise mais profunda em tópico apartado (4.2), condicionava a execução provisória da pena ao trânsito em julgado da sentença final, ressalvada as hipóteses em que fosse cabível a prisão preventiva.

4.1 UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E MOTIVOS DA DECISÃO

Consoante acima demonstrado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, decidiram por 7 votos a 4, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹¹⁸.

Serão aqui analisados os principais fundamentos angariados pelos membros do STF no bojo da decisão em exame, incluindo, tanto aqueles que embasaram o voto vencedor, como aqueles invocados pelos votos vencidos.

¹¹⁸ **Constituição Federal:** art. 5, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O argumento mais ressaltado pelos Ministros que decidiram pela denegação da ordem em sede do Habeas Corpus, entendendo pela legalidade da execução provisória da pena, girou em torno da alegação de que somente nas instâncias ordinárias seria possível discutir as matérias de fato que envolvem a demanda.

Isto é, evidenciaram que no momento do juízo de apelação pelo Tribunal, através de seu órgão colegiado, haveria o esgotamento do conteúdo do princípio do duplo grau de jurisdição, implicando em uma espécie de preclusão das matérias de fato e de prova, ressalvada a estreita via de revisão criminal.

Suscitou-se que esta seria a razão pela qual os recursos extraordinários não seriam dotados de efeito suspensivo, como dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal¹¹⁹. Afinal, uma vez constada no segundo grau a culpabilidade do acusado, com base no acervo probatório obtido, não mais seria possível o reexame desta cumulação de provas pelo Supremo Tribunal Federal para modificar a situação atestada pelas instâncias ordinárias.

Portanto, até o momento de concretização do duplo grau de jurisdição seria assegurado ao réu o direito de ter acesso, em liberdade, ao juízo de segunda instância.

Nesse sentido, asseverou o Relator Min. Teori Zavascki¹²⁰ no âmbito do seu voto:

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.

Desse modo, entende o citado ministro que a execução da pena, mesmo sob a pendência de recursos de natureza extraordinária, não prejudica o núcleo do princípio da presunção de inocência, uma vez que o acusado já fora tratado conforme a presunção durante todo o processo penal ordinário, garantindo-lhes todas as regras e valores deste princípio decorrente, em especial a distribuição do ônus da prova.

¹¹⁹ **Código Processual Penal:** Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ZAVASCKI, Teori. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016.

Ademais, ressalta-se que mesmo havendo a execução da pena, o condenado não estará desamparado juridicamente, podendo se utilizar de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recursos extraordinários em casos de decisões injustas proferidas pelas instâncias inferiores.

Contudo, esclareceram os Ministros no contexto de suas decisões, que as Cortes Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, não existem para revisar injustiças do caso concreto, mas sim para estabilizar e pacificar as interpretações acerca das normas constitucionais e infraconstitucionais¹²¹.

Assim, em outra passagem da sua decisão, o Relator Min. Teori Zavascki¹²² assegura:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é negável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos.

Outra premissa levantada pelo Relator foi um comparativo com o disposto na Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que estipula a sanção de inelegibilidade para os casos em que há decisão condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, devido à prática de crimes nesta lei dispostos.

Ou seja, esta lei permite que o acórdão condenatório produza seus efeitos em desfavor do acusado, independentemente do trânsito em julgado da decisão e sem que haja prejuízos em relação ao cerne do princípio da presunção de inocência.

Outrossim, também foi apontada a interpretação do princípio da presunção de inocência no mundo, ressaltando-se que em grande parte dos países, a exemplo de Espanha, Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, a execução de uma condenação não fica suspensa aguardando o referendo da Corte Suprema.

¹²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

¹²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ZAVASCKI, Teori. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

Nesse seguimento, argumentaram os Ministros que não seria possível conferir sentido absoluto ao que dispõe o princípio da presunção de inocência, desconsiderando a conexão com as demais regras e princípios de nosso ordenamento, em especial com o interesse constitucional de efetividade da lei penal.

Noutras palavras, o que busca-se defender é que devido ao *status* principiológico da garantia da presunção de inocência em nosso ordenamento, torna-se possível aplicá-lo em diferentes intensidades. Por conseguinte, diante do confronto com o anseio jurídico da efetividade, imperativo se faz o seu cumprimento com menor peso.

Há ainda que se destacar outro raciocínio adotado por aqueles favoráveis à execução provisória da pena, qual seja, o desprestígio das instâncias ordinárias ao se admitir que nem mesmo após a confirmação da decisão de primeiro grau por um órgão colegiado, seria possível executar a decisão condenatória.

Nos exatos dizeres do Ministro Edson Fachin¹²³:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Ademais, os Ministros, em especial, Luís Roberto Barroso e Carmen Lúcia, argumentaram que a Constituição Federal ao estabelecer o princípio da presunção de inocência em seu art. 5º, LVII não condicionou a execução da pena, mas sim a culpabilidade ao trânsito em julgado da decisão.

Nesses termos, não haveria prejuízos ao núcleo do referido princípio, o fato de a pena ser provisoriamente executada, mesmo que ainda pendentes recurso especial ou extraordinário. Afinal, a ausência de trânsito em julgado da decisão seria óbice somente para a confirmação da culpabilidade do acusado, não configurando-se como entrave à concretização da condenação.

Para estes Ministros, o único pressuposto para prisão de um indivíduo é ordem por escrito e fundamentada proferida por autoridade judicial, não sendo necessária a

¹²³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

certeza acerca da culpabilidade do agente para que se proceda a privação da sua liberdade.

Justificou-se ainda, a decisão denegatória, com base na incongruência social que nasceria caso a ordem em sede de habeas corpus fosse concedida. Ou seja, a interpretação constitucional do princípio da presunção de inocência não encontra mais respaldo no meio social¹²⁴.

Desse modo, considerando que o direito não existe abstratamente, ou seja, fora da realidade em que atinge, interpretar o princípio tratado como entrave à execução provisória da pena, diante da pendência de recurso extraordinário ou especial, constituiria uma desconformidade entre as decisões judiciais e a expectativa da sociedade em ver a concreta execução da lei penal.

Isto é, os cidadãos não mais aceitam a situação de agentes condenados em vias ordinárias, se utilizarem de infundáveis recursos para procrastinar a execução da pena, ou até mesmo conseguir a prescrição da pretensão punitiva estatal, restando-lhe mais uma situação de impunidade¹²⁵.

Afinal, após o acordão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição se dá com o início da execução da pena, conforme disposto no art. 117 do Código de Processo Penal¹²⁶. Assim sendo, a defesa poderá se utilizar infinitamente dos recursos possíveis durante todo o prazo prescricional, obstando, definitivamente, a aplicação da pena.

Nesses termos, verifica-se que a utilização irrestrita, pela defesa, das vias recursais, sem qualquer fundamento plausível que os justifiquem, constitui-se também como outro fator tido como favorável pelos Ministros para permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão.

¹²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FUX, Luís. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

¹²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

¹²⁶ **Código de Processo Penal:** art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência. (...)

Afinal, conforme fora tratado acima, a iminente situação de impunidade que nasce diante da proibição de cumprimento provisório da pena iria de encontro com a imperiosa necessidade de efetivação da lei penal e observância ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Outro ponto levantado no bojo da discussão, mais especificamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso, está relacionado com a questão da seletividade do sistema punitivo brasileiro. Argumentou-se que a interpretação absoluta do princípio da presunção de inocência, de modo a impedir a execução provisória da pena, contribuiria para agravar a seletividade presente, uma vez que somente aqueles mais abastados poderiam financiar bons advogados para interpor sucessivos recursos.

Isto é, somente aqueles mais favorecidos seriam capazes de arcar com os custos da procrastinação através da quase irrestrita interposição de recursos, posto que aqueles condenados que gozem de menores condições financeiras e que portanto dependam da estrutura da Defensoria Pública, não conseguirão bancar as despesas para utilização de inúmeros recursos protelatórios.

Nesse sentido, ao listar os fundamentos da sua decisão, o Ministro Luís Roberto Barroso esclareceu que seu entendimento de autorizar a execução provisória da pena "diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena"¹²⁷.

Noutras palavras, o citado Ministro evidenciou que a interpretação extensiva e absoluta do princípio da presunção de inocência serviria apenas àqueles praticantes dos chamados crimes de colarinho branco, ou seja, aqueles executados por agentes de elevado *status* social e que atingem principalmente o sistema financeiro e a ordem econômica.

Nesses termos, estes seriam os mais favorecidos com a interpretação do Supremo que vigorava até essa decisão, uma vez que diante do poder aquisitivo que detêm

¹²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

conseguiriam atrasar a execução da pena e até mesmo lograr a prescrição punitiva estatal, restando a sua impunidade¹²⁸.

Os Ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, entenderam pela concessão da ordem em sede do habeas corpus, negando a execução provisória da pena diante da inexistência do trânsito em julgado da decisão, por alguns motivos que serão aqui expostos.

A Ministra Rosa Weber optou por privilegiar o princípio da segurança jurídica, deixando clara a sua adoção da manutenção da jurisprudência como critério de julgamento. Nesse sentido, quanto às questões que envolvem a demanda, entende que "o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto"¹²⁹.

O Ministro Marco Aurélio também trouxe à tona a preocupação com a segurança jurídica do nosso ordenamento, defendendo que em tempos de crise deve-se evitar qualquer situação de instabilidade, preservando-se os valores e parâmetros instituídos.

Ademais, concluiu ressaltando a gravidade da medida da privação de liberdade para que esta seja determinada de modo provisório, afinal, a liberdade cerceada não poderá ser devolvida àquele que em vias extraordinárias revelar-se inocente, contradizendo o que fora constatado nas instâncias anteriores¹³⁰.

Acompanhando a divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber, o Ministro Celso de Mello iniciou seu voto evidenciando a máxima da presunção de inocência como fruto de longas lutas históricas contra os abusos de poder operados pelo Estado opressor.

¹²⁸ O Conselho Nacional de Justiça apurou que entre os anos de 2010 e 2011, a Justiça deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**. Conselho Nacional de Justiça Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>. Acesso em 21 nov 2016

¹²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. WEBER, Rosa. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

¹³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MELLO, Marco Aurélio. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

Suscitou o Ministro, que a situação posta em discussão, qual seja a autorização do cumprimento provisório da pena, impõe restrições à esfera jurídica dos indivíduos que vão de encontro com o que dispõe a interpretação constitucional. Nesse sentido, sustenta que permitir essa situação seria incompatível com o regime democrática adotado pelo nosso país.

Foi ainda engrandecida a questão da clareza do princípio ao condicionar a confirmação da culpabilidade do agente ao trânsito em julgado da decisão, impedindo, portanto, a antecipação dos efeitos finais do processo. Nas palavras do Ministro:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Ou seja, evidencia que a nossa Constituição traz limites que não podem ser ignorados pelo Estado em sua atividade persecutória e nem mesmo vilipendiados pelos julgadores no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Nesse sentido, suscita a incongruência em comparar nosso sistema àquele estruturado em outros países, uma vez que nossa Carta Magna confere ao princípio da presunção de inocência, maior intensidade que não pode ser menosprezada.

Portanto, trabalha-se com a ideia de que o princípio da presunção de inocência não perde a sua intensidade conforme vão se esgotando as instâncias, uma vez que a Lei Maior, de forma inequívoca, garante a sua potência até o trânsito em julgado da decisão.

O então Presidente Ministro Ricardo Lawandowski também ressaltou a taxatividade do princípio constitucional, evidenciando a sua clareza de modo a inibir qualquer possibilidade de interpretação. Ainda ressaltou a notória falibilidade do sistema prisional brasileiro, fato este já discutido e constatado pela Corte em outros julgamentos, como gravame para permitir a execução provisória da pena.

Nesses termos, não seria razoável permitir o acesso ainda mais fácil à estas penitenciárias onde não há qualquer observância das normas garantidoras da dignidade da pessoa humana.

Diante do resultado da decisão em comento, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram Ações Declaratórias (ADC 43 e ADC 44) para que o Tribunal confirmasse a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal com a redação dada pela lei 12.403/11, segundo o qual "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

No bojo dessas ações, os autores pleiteavam a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, posto que após o entendimento da Corte no HC 126.292 os tribunais do país passaram a adotar tal posicionamento, ignorando o que leciona o dispositivo acima transcrito.

Contudo, mais uma vez, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, compreendendo que este não impede o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, indeferindo a cautelar requerida.

Aqueles que votaram pela denegação da ordem em sede do HC 126.292 mantiveram seu posicionamento negando o pedido de cautelar dos autores. A relatoria de ambas as ações foi conferida ao Ministro Marco Aurélio Mello, que, seguindo a lógica da sua postura adotada no julgamento do habeas corpus, votou pela concessão da cautelar pleiteada.

Entretanto, também preservando o seu antigo entendimento, o Ministro Edson Fachin deu início à divergência entendendo que a decisão proferida pela Corte no HC 126.292 não contrasta com o art. 283 do CPP, tendo em vista que este

dispositivo não " varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas (..) ".¹³¹

Acompanharam a divergência os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luís Fux, Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia, utilizando-se, em suma, dos argumentos que sustentaram seus votos no âmbito do HC 126.292, defendendo a necessidade de efetivação das leis penais e da pacífica convivência entre o entendimento firmado e o que dispõe o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Aqueles que acompanharam o Relator, por sua vez, como a Ministra Rosa Weber e os Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello continuaram alegando a clareza do dispositivo constitucional, de modo a cessar qualquer possibilidade de interpretação.

O Ministro Celso de Mello ao contrapor os argumentos postos pela divergência no que se refere à questão da efetividade, deixou clara a impossibilidade de se atribuir ao princípio da presunção de inocência a sensação de impunidade que acomete a sociedade.

Nesse sentido, no que diz respeito à questão das situações em que a aplicação da lei penal é obstada, impedindo a efetivação da lei penal, o citado Ministro aduziu no âmbito de seu voto¹³²:

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.

Constata-se, portanto, que o Ministro refuta a afirmação de que o princípio da presunção de inocência é o responsável pela inefetividade da jurisdição penal, não sendo possível compreender o desrespeito a um direito fundamental como opção para resgatar o sentimento de justiça dos cidadãos.

¹³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. ADC 43 e ADC 44. Relator MELLO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 5 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 21 nov 2016

¹³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DE MELLO, Celso. ADC 43 e ADC 44. Relator MELLO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 5 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em 21 nov 2016

O Ministro Dias Toffoli, entretanto, inaugurou outro entendimento, acompanhando parcialmente o Relator. O Ministro posicionou-se no sentido de que a execução provisória deveria ser obstada nos casos em que há pendência de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, no que se refere à pendência de recursos extraordinários direcionados ao Supremo Tribunal Federal, entende o Ministro, que a execução provisória poderá ocorrer normalmente.

Sustentou esse entendimento argumentando que a exigência de repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário, impede que esta via recursal implique na correção de ilegalidades individuais, não havendo, portanto, motivos que justifiquem a suspensão da execução provisória da pena.

No que diz respeito ao recurso especial, a lógica se inverte, uma vez que não é exigido o requisito da repercussão geral, tornando-se possível o ajuste de questões individuais que venham a modificar a situação do condenado.¹³³

Assim sendo, conforme já dito anteriormente, prevaleceu o entendimento de que está resguardada a constitucionalidade do art. 283 do CPP e que este não se constitui como um entrave à execução provisória da pena.

4.2 O ENTENDIMENTO ANTERIOR À DECISÃO

Com o fito de melhor compreendermos o contexto em que a supracitada decisão fora tomada, necessário se faz analisar o entendimento anteriormente vigente no momento em que nasceu a discussão acima estudada.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, vigeu o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo segundo grau de jurisdição, mesmo nos casos em que há pendência de recursos especial ou extraordinário.

¹³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TOFFOLI, Dias. ADC 43 e ADC 44. Relator MELLO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 5 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>. Acesso em 21 nov 2016

Este pacífico posicionamento adotado pela Corte Suprema baseava-se na simples premissa de que, em razão de tais recursos não serem dotados de efeitos suspensivos, não haveria motivos para obstar a execução da pena daquele agente que já havia sido condenado em primeiro grau, sendo este juízo confirmado por um órgão composto por julgadores mais experientes.

Em 05 de fevereiro de 2009, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, por 7 votos a 4, modificou seu posicionamento, garantindo ao condenado o direito de recorrer, até mesmo no que diz respeito às instâncias extraordinárias, em liberdade.

A revisão e alteração do anterior entendimento teve como um dos fundamentos a comparação com o que dispõe o art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) a respeito da execução das penas restritivas de direito. O referido dispositivo condiciona a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença, conforme se constata da transcrição do artigo abaixo:

Art. 147: transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Nesses termos, o Relator Ministro Eros Grau trouxe o entendimento de que se a própria legislação traz o trânsito em julgado da sentença como requisito para a execução da pena restritiva de direitos, imperioso se faz que este mesmo requisito seja exigido para a imposição de sanção ainda mais grave, qual seja a privação de liberdade¹³⁴

Outro ponto ressaltado como fundamento para modificação do anterior posicionamento girou em torno do direito à defesa do réu. Afinal, a ampla defesa, como o próprio nome já diz, não poderia ser analisada com restrições. Desse modo, não haveria motivos para não garanti-la em todas as fases processuais, inclusive no que se refere às vias recursais de natureza extraordinária.

Foi também constatada a incongruência existente entre o cumprimento antecipado da pena e o princípio da presunção de inocência, restando claro a incompatibilidade evidente entre estas premissas. Nesse contexto, considerou o Ministro Eros Grau

¹³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRAU, Eros. HC 84078. Relator GRAU, Eros. Tribunal Pleno, DJE 5 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em 22 nov 2016

como uma afronta à constituição a permissão da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão.

Ademais, diante do argumento de que havendo a mudança no entendimento os tribunais superiores seriam inundados de recursos, o Relator entendeu que não seria opção, em nome da "jurisprudência defensiva", limitar garantias fundamentais constitucionalmente resguardadas.

À época, em sua obra, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar noticiaram o entendimento da Suprema Corte, nos seguintes termos¹³⁵:

Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração.

Nesses termos, verifica-se que desde o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal adotava posição contrária àquela consagrada no julgamento do HC 126.292, não admitindo a execução da pena do condenado em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão.

4.3 UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO

Ultrapassada a análise das questões que circundam o problema-objeto do presente trabalho, seja no que se refere ao estudo do princípio da presunção de inocência e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou no que concerne ao exame dos argumentos levantados pelos Ministros do STF no bojo da decisão, reserva-se para este momento a apreciação do acórdão prolatado à luz da Constituição Federal de 1988.

Não se discute que o novo entendimento do STF tem provocado polêmica no meio jurídico, uma vez que o possível desrespeito a qualquer preceito constitucional possui repercussões sociais, no momento em que tal violação implica na fragilidade do nosso sistema normativo, trazendo uma situação de insegurança jurídica e instabilidade para a coletividade.

¹³⁵ TÁVORA, Nestor/ RODRIGUES, Rosmar Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2015, p. 51.

No caso em exame, conforme exposto, a suposta violação diz respeito ao princípio da presunção de inocência, premissa de grande relevância prática no processo penal, o que, indiscutivelmente, traria uma série de consequências que incidiriam diretamente na liberdade do acusado.

Perante as conclusões até então logradas, em especial no que concerne ao alcance do princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento, torna-se possível verificar se o novo posicionamento adotado pelo órgão de cúpula do Judiciário transcende os limites impostos pelo constituinte.

Partindo-se de uma análise literal do texto da Constituição em seu art. 5º, LVII, no qual expressamente firma o princípio da presunção de inocência como uma garantia fundamental do cidadão, a conclusão pela inconstitucionalidade da decisão é entendimento que se impõe.

Complementando este entendimento, Rosberg Crozara¹³⁶ acertadamente assevera:

O direito fundamental do estado de inocência precisa de constante proteção da ordem jurídica. É inadmissível que a própria ordem jurídica, através de seus agentes, não cumpra e, em muitas vezes, mitigue esse direito fundamental em decisões sem consonância da Constituição.

Sabe-se, conforme já dito em diversas passagens desse trabalho e consoante a inequívoca linguagem do constituinte, que o cidadão possui a garantia de ser presumido inocente até o momento do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Desse modo, diante da constatação de que a decisão transitada em julgado é aquela não mais passível de recurso e, considerando que o acórdão condenatório prolatado em segundo grau ainda desafia recursos para instâncias superiores, resta incontestável que permitir o cumprimento antecipado da pena pelo condenado vai de encontro com a premissa constitucional.

Ressalta-se, inclusive, que a Carta Magna não faz qualquer ressalva acerca dos efeitos dos recursos aos quais a decisão está sujeita, ou seja, ela assegura o estado de inocência ao condenado independentemente da existência de atribuição ou não de efeitos suspensivos aos recursos que a decisão desafie.

¹³⁶ CROZARA, Rosberg de Souza. **Temas de Direito Penal e Processual Penal**. O juiz penal, a função contramajoritária dos direitos fundamentais e a presunção de inocência. Org: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIRECHE, Gamil Foppel. Editora Juspodvim, 2013, p. 523.

Nesse sentido, o fato de os recursos destinados às instâncias superiores não serem dotados de efeito suspensivo¹³⁷ em nada influem na garantia constitucional da situação de inocência, conforme a generalidade tratada pelo constituinte ao apenas trazer o termo "transitada em julgado" sem excetuar qualquer situação.

Portanto, em primeira análise, resta evidente a inconstitucionalidade em se permitir que o condenado arque, de modo precoce, com as consequências que poderão advir de eventual condenação.

Embasando este entendimento Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes¹³⁸, preceituam:

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar, para o processo penal, que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar).

Os autores ainda seguiram opinando pela irrazoabilidade da execução provisória da pena, à luz da Constituição Federal de 1988, com base em decisão judicial ainda não definitiva, "especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito".¹³⁹

Aury Lopes Jr. entende que a questão de recorrer em liberdade, inclusive no que se refere às vias extraordinárias, não se resume à análise dos efeitos do recurso, mas

¹³⁷ O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105), revogou o §2º do art. 27 da Lei 8.038 de 1990 que atribuía de forma expressa apenas o efeito devolutivo aos recursos especiais e extraordinários. O novo CPC em seu art. 995 inaugurou a regra de que os recursos somente serão dotados de efeito suspensivo nos casos expressos em lei ou diante de decisão judicial: Código de Processo Civil de 2015. Art. 995 - Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. No que se refere à disciplina específica dos recursos especiais e extraordinários o Código de Processo Civil deixa clara a necessidade de requerimento para concessão do efeito suspensivo a estes recursos - Art. 1.029, § 5º - O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento (...). Quanto ao recurso extraordinário o Código de Processo Penal retira expressamente o efeito suspensivo: Art. 637 - O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001, ed 3, p. 56.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 301.

sim a questão das garantias fundamentais da ampla defesa e da presunção de inocência¹⁴⁰.

Desse modo, assim posiciona-se quanto a matéria nos seguintes termos: "O que não se pode admitir é uma prisão "obrigatória" antes do trânsito em julgado, sob o reducionista argumento de que o recurso não possuem efeito suspensivo. Essa prisão não é cautelar e, portanto, inegavelmente é inconstitucional."¹⁴¹

Entretanto, considerando a colocação do Ministro Luiz Fux¹⁴² no âmbito de seu voto, ao pontuar que a decisão de impedir a execução provisória da pena guardaria um vínculo negativo com a expectativa da sociedade, uma vez que o direito não poderia ser analisado de forma abstrata, necessária se faz nova análise da questão.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, possui como uma de suas funções promover a uniformização das interpretações dos dispositivos constitucionais¹⁴³, tendo em vista harmonizar os entendimentos dos diversos tribunais do país e consagrar a segurança jurídica.

Contudo, há que se considerar que a nitidez e transparência do dispositivo limita a atividade interpretativa do julgador que deverá estar adstrita às fronteiras impostas pelo legislador. A interpretação ganha mais espaço e é potencializada diante da obscuridade da norma, seja ela revelada pela ambiguidade ou omissão, o que não ocorre no caso do princípio em análise.

Nesse contexto, admitir que o Judiciário, exercendo sua atividade interpretativa, se debruce sobre uma norma inteligível de modo a criar novo preceito normativo que viole a regra previamente posta, incontestavelmente seria extrapolar os limites da interpretação.

Isto é, o Supremo Tribunal Federal está autorizado a interpretar o texto constitucional, mas sempre com a cautela de se respeitar a ideia, a motivação e os marcos instituídos pelo legislador, o que parece não ter sido observado pelos

¹⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 9 ed, p. 1294

¹⁴¹ *Ibidem*, 9 ed, p. 1296

¹⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FUX, Luís. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

¹⁴³ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Bahia: Editora Juspodvim, 2013, Ed 7, p. 1.084

Ministros no momento da decisão, diante da claridade do alcance da garantia da situação de inocência resguardada pelo nosso ordenamento.

No que se refere ao estudo do princípio da presunção de inocência no mundo, realizado neste trabalho no tópico (2.2.1.1), bem como as comparações com a proteção conferida a esta garantia em outros países, verificou-se que referido princípio possui diferentes contornos e limites internacionalmente.

Todavia, há de se analisar com cautela o confronto entre normas internas e os dispositivos previstos na legislação de outros países, uma vez que não se tem como desconsiderar as peculiaridades inerentes ao nosso sistema jurídico, especialmente no que se refere à esfera penal.

Afinal, não restam dúvidas acerca das características extremamente negativas que marcam nosso sistema prisional, cuja falibilidade já fora inclusive declarada pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.

Nesse sentido, assegurou o Ministro Celso de Mello ¹⁴⁴:

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

Logo, não seria razoável comparar friamente as legislações desprezando as condições atípicas e indignas as quais os condenados são submetidos ao ingressar no sistema penitenciário brasileiro. Nesse seguimento, o Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo do seu voto no HC 126.292, tratando das péssimas condições dos presídios, questionou: "(...) vamos facilitar a entrada de pessoas nesse verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?"¹⁴⁵

Assim, reconhecida a relevância em examinar as legislações externas como forma de atualizar e remodelar nosso ordenamento impõe-se a necessidade de não se

¹⁴⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DE MELLO, Celso. ADPF 347. Relator MELO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 09 de setembro de 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 23 nov 2016

¹⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEWANDOWSKI, Ricardo. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 nov 2016

ignorar que a análise de nossas normas internas deve ocorrer com base no contexto em que vivemos, que no caso em tela, revela-se bastante característico e determinante para a tomada de decisões.

Quanto à questão da impunidade revelada pela interposição de repetidos recursos protelatórios com o fito de obstar o cumprimento da pena, através do alcance da prescrição, necessário se faz evidenciar que este entrave pode ser solucionado de forma menos interventiva e gravosa, sem implicar na amputação de garantias fundamentais.

De acordo com o estudo desenvolvido acerca do fenômeno da prescrição da ação penal em nosso sistema, constante no tópico 3.2.1 do presente trabalho, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o acórdão meramente confirmatório da condenação de primeiro grau não se constitui como marco interruptivo do lapso prescricional.

Verifica-se, portanto, que a inexistência de causa interruptiva do prazo prescricional nesta etapa ameaça a concretização da tutela penal, uma vez que facilita o alcance do marco prescricional através da quase irrestrita interposição de recursos sem qualquer fundamento jurídico plausível.

Nota-se, então, que este posicionamento do STF é, em verdade, o grande incentivador dos infundáveis recursos protelatórios e o real motivo para as elevadas taxas de impunidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nesse sentido, revela-se muito mais pertinente e razoável, que a impunidade que amedronta nossa sociedade seja reparada através da mudança deste entendimento do Supremo Tribunal Federal, sem que seja necessário adentrar na esfera das garantias fundamentais constitucionalmente resguardadas.

Isto é, constatando-se a deficiência em determinada fase processual, qual seja o espaço existente para a conquista da prescrição punitiva, a limitação de direitos constitucionalmente protegidos não pode ser a primeira opção para sanar esta falha, impondo-se, primeiramente, a necessidade de reformulação do sistema através da revisão de normas infraconstitucionais e de entendimentos firmado.

Desse modo, o que se pretende aqui propor é a preservação das garantias constitucionais, resguardando a revisão de suas interpretações somente como *ultima ratio*. Logo, quando houver a possibilidade de consertar qualquer imperfeição de

nosso sistema diante da alteração de entendimentos acerca de normas infraconstitucionais, isto é o que deve ser feito.

Assim, compreende-se que conferir ao acórdão confirmatório da condenação de primeiro grau o efeito interruptivo da prescrição seria uma maneira apta à obstar a crescente impunidade e, conseqüentemente, a sensação de insegurança que acomete nossa sociedade.

Seguindo este ponto de vista, Eduardo Reale Ferrari¹⁴⁶, no contexto da análise acerca da ameaça de prescrição da persecução estatal diante do entendimento do STF no que se refere ao acórdão confirmatório, conclui:

Diante de tais razões, imprescindível, a nosso ver, que o acórdão condenatório recorrível configure-se nova causa interruptiva da prescrição da ação, demonstrando legítimo e verdadeiro interesse estatal de persecução, justificando o prolongamento da prescrição.

Entretanto, considerando o estudo acerca do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva realizado no tópico 3 deste trabalho, torna-se imprescindível analisar a decisão do STF também à luz dessa garantia constitucional.

Sabe-se que o princípio da presunção de inocência, ao assegurar ao acusado o direito de não serem a ele aplicadas as eventuais conseqüências do final do processo, associado à estrutura do nosso Judiciário, notadamente no que se refere à morosidade no trâmite das ações, acaba por promover a sensação de ineficiência da tutela penal.

Obviamente que, conforme demonstrado em tópico específico (3.2.1) e ressaltado neste item, a impressão de insuficiência da prestação jurisdicional na esfera criminal resta potencializada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal acima tratado.

Contudo, levando-se apenas em consideração o confronto entre a previsão constitucional do estado de inocência e necessidade de efetivação da lei penal, há aqui o dever de analisarmos qual interesse constitucional merece ser priorizado ou ponderado no caso em exame.

Não se questiona a imperiosa necessidade de efetivação da lei penal, não somente porque as normas jurídicas não teriam razão de ser se não houvesse a sua concretização, mas também porque os efeitos sociais das normas do sistema

¹⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal, suas causas suspensivas e interruptivas**. Editora Saraiva: São Paulo, ed. 6, p. 130.

criminal são mais acentuados em razão da própria função de prevenção geral que a pena exerce, conforme estudado no tópico 3.1.2.1.

Nestes termos, toda a coletividade anseia pela suficiência das normas penais no combate à violência e pelo sentimento de segurança que deriva do cumprimento efetivo destes preceitos, o que demonstra a relevância peculiar na concretização do direito penal e a repercussão social da inobservância do interesse constitucional de garantir a sua execução.

No entanto, não obstante o destaque conferido à tutela jurisdicional efetiva na esfera penal deve-se também examinar os efeitos práticos da mitigação do princípio da presunção de inocência.

Compreende-se que a limitação deste princípio através da execução provisória da pena privativa de liberdade implica em adiantar o cumprimento da sanção penal estabelecida e antecipar a entrada do indivíduo no sistema carcerário.

Assim, o condenado em vias ordinárias terá seu direito a liberdade prematuramente cerceado, mesmo que sua condenação ainda esteja sendo discutida nas instâncias extraordinárias. Portanto, se vislumbra aqui a possibilidade de os tribunais superiores decidirem, por exemplo, pela inconstitucionalidade da decisão das instâncias ordinárias modificando a sua situação.

Nessa caso, considerando mais uma vez a morosidade do nosso sistema judiciário, não nos parece razoável ingressar na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, qual seja o seu direito de ir e vir, diante da chance de ser a sua condenação reformada e ter sido injustamente privado da convivência social.

Percebe-se, portanto, os graves impactos decorrentes da mitigação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a liberdade cerceada pelo Estado não poderá jamais ser devolvida ao agente. A gravidade da situação ainda se revela mais latente devido às condições do nosso sistema prisional, conforme fora elucidado no bojo deste tópico.

Desse modo, contata-se que priorizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em detrimento do princípio da presunção de inocência, implica em consequências extremamente delicadas que ingressam violentamente na esfera jurídica do cidadão. Assim, torna-se impossível negar que diante do conflito existente, parece mais razoável atenuar a incidência do interesse constitucional de

efetivação da lei penal, em nome da preservação das garantias individuais também constitucionalmente resguardadas.

Assim sendo, detecta-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao permitir o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da decisão revela-se inconstitucional tanto sistematicamente, haja vista que não observa os limites expressamente impostos pelo constituinte, como também no que se refere ao próprio espírito inaugurado pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, assevera Selma Pereira de Santana¹⁴⁷:

Tendo em vista a consagração, em sede constitucional (de inúmeros países, inclusive, o Brasil), do Estado Constitucional de Direito, apresenta-se flagrantemente contrária à Carta Maior qualquer investida, seja de ordem legislativa, seja de natureza jurisdicional, tendente à inobservância de direitos fundamentais assegurados à ordem social (sob uma perspectiva individual e coletiva).

A CF/88 ficou conhecida como Constituição cidadã justamente por destinar-se a resguardar com maior afinco os direitos e garantias individuais. Portanto, a decisão do STF no HC 126.292 além de ir de encontro com o que dispôs o legislador constituinte, vai na contramão do espírito protetivo instituído pela Carta Magna de 1988.

Diante das premissas até aqui expostas, tanto no que se refere à definição de conceitos básico relativos ao princípio da presunção de inocência e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quanto no que diz respeito às questões suscitadas pelos Ministros no bojo da discussão, imperativo se faz constatar a inconstitucionalidade da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292.

¹⁴⁷ SANTANA, Selma Pereira. **Temas de Direito Penal e Processual Penal**. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos.. Org: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIRECHE, Gamil Foppel. Editora Juspodvim, 2013, p. 567.

5 CONCLUSÃO

Constata-se que a decisão denegatória proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Habeas Corpus 126.292 reformulou o cenário jurídico do nosso país no momento em que este órgão passou a entender pela possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta decisão indicou alteração em seu posicionamento, uma vez que desde 2009 a Corte entendia pela indispensabilidade do trânsito em julgado da decisão para início da execução da sanção penal fixada.

A grande repercussão jurídica deste novo entendimento se deu diante do seu confronto com o que dispõe o princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento. Premissa esta que garante ao acusado o estado de inocência durante todo o trâmite do processo penal, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade.

Sabe-se que enquanto princípio constitucional, a máxima da inocência se desdobra em diversas regras e princípios que guardam intrínseca relação com o reconhecimento, pelo Estado, do *status* primitivo de inocência do acusado que se prolonga até o trânsito em julgado da decisão que entender pela sua condenação.

No contexto de um sistema penal repleto de garantias individuais, que consubstanciam a ideia de que temos um Código Penal progressista em nosso ordenamento, nasceu o discurso de inefetividade das leis penais. Discurso este que encontra fundamento basicamente na noção de que a existência desses direitos do acusado e de alguns institutos despenalizantes, constituiriam óbices à concretização das funções do Direito Penal.

O discurso da inefetividade do direito penal se fortaleceu diante do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1994, no sentido de que o acórdão meramente confirmatório da decisão de anterior condenação não se configura como marco interruptivo da prescrição. Assim, após a sentença condenatória, o acórdão confirmatório desta decisão não terá o condão de influir no lapso prescricional, que continuará a transcorrer normalmente.

Portanto, associando o supracitado entendimento da Corte com o texto constitucional do princípio da presunção de inocência, seria possível obter a

prescrição do crime cometido pelo agente através da interposição de repetidos recursos, sem que o condenado tenha iniciado o cumprimento de sua pena, uma vez que a Constituição assegura o seu estado de inocência até o momento final do processo, qual seja o trânsito em julgado da decisão.

As críticas à efetividade do Direito Penal tornaram-se mais contundentes devido às situações em que houve o alcance da prescrição, resultando na impunidade do condenado e frustrando a sociedade quanto à expectativa de segurança pública gerada pelo sistema penal.

Foi neste cenário, com vistas a reparar esta situação, que os Ministros do STF, por maioria dos votos, decidiram por permitir o cumprimento antecipado da pena. Assim, mesmo diante da pendência de recursos para os tribunais superiores o condenado iniciará o cumprimento da sanção penal fixada.

Como visto, os Ministros que votaram pela denegação da ordem argumentam, em suma, que o referido entendimento não viola o que dispõe o princípio da presunção de inocência. Alegam que o princípio em exame teria o seu conteúdo esgotado nas vias ordinárias, momento em que se encerra a análise dos fatos e provas, não constituindo-se como entrave à execução da pena.

Entretanto, não restam dúvidas acerca da inconstitucionalidade do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o legislador constituinte, de forma clara, previu o alcance da máxima de inocência no processo penal, estendendo-a, de forma expressa, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Desse modo, a transparência da disposição constitucional impõe o entendimento de que a decisão da Corte não encontra respaldo na Constituição e vilipendia garantia fundamental do acusado de maneira desarrazoada.

Assim, verifica-se que o STF, com o objetivo de obstar as situações de impunidade decorrentes da interposição de recursos protelatórios após o acórdão condenatório e assegurar a efetiva concretização das leis penais, acabou por limitar o princípio da presunção de inocência, amputando o seu alcance no âmbito do processo penal.

Portanto, não há como se compreender como razoável a medida tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que, em nome da efetividade do sistema jurídico, atropela garantias constitucionais indispensáveis para o trâmite justo e regular do processo.

Ademais, considerando as razões que motivaram a alteração do entendimento do STF, conforme exposto, constata-se a existência de medida muito mais pertinente e razoável para o saneamento da falha do sistema no que se refere ao alcance da prescrição pelo condenado, qual seja: a alteração do entendimento da Corte quanto aos marcos interruptivos da prescrição.

Desse modo, constata-se que, em verdade, o posicionamento do Supremo quanto a não configuração de hipótese interruptiva do lapso prescricional pela prolatação do acórdão confirmatório de condenação anterior, constitui-se como o grande incentivador dos infundáveis recursos manejados de forma maliciosa pela defesa.

Logo, vislumbra-se facilmente que a alteração deste entendimento, de modo a conferir também ao acórdão confirmatório o condão de interromper a fluência do prazo prescricional, seria apto a sanar a deficiência presente em nosso sistema jurídico-penal, sem que houvesse o desrespeito a qualquer preceito constitucional.

Portanto, compreender o acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva da prescrição, além de estar em consonância com o que dispõe a redação do art.117, IV do Código Penal Brasileiro, também é medida hábil a garantir maior efetividade às leis penais, objetivo principal do STF ao proferir sua decisão no HC 126.292.

Assim, demonstra-se a existência de solução muito menos gravosa do que aquela escolhida pelo órgão de cúpula do Judiciário e também apta a sanar o problema da fragilidade do sistema penal, sem prejudicar as garantias fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 mar 2016.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 mar 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>>. Acesso em 16 nov 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em 2 set 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 nov 2016.

_____. FACHIN, Edson. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 nov 2016.

_____. FUX, Luís. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 nov 2016.

_____. GRAU, Eros. HC 84078. Relator GRAU, Eros. Tribunal Pleno, DJE 5 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em 22 nov 2016.

_____. LEWANDOWSKI, Ricardo. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 nov 2016.

_____. MELO, Marco Aurélio. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 nov 2016.

_____. DE MELLO, Celso. ADC 43 e ADC 44. Relator MELLO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 5 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em 21 nov 2016.

_____. TOFFOLI, Dias. ADC 43 e ADC 44. Relator MELLO, Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJE 5 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em 21 nov 2016.

COELHO, Yuri carneiro. **Bem Jurídico - Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

COLARES, Samuel Miranda. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo>> Acessado em 16 nov. 2016.

COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, na obra **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CROZARA, Rosberg de Souza. **Temas de Direito Penal e Processual Penal**. O juiz penal, a função contramajoritária dos direitos fundamentais e a presunção de inocência. Org: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIRECHE, Gamil Foppel. Editora Juspodvim, 2013.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2013.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. 1. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FRISCHEISEN Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas alternativas**. (Org) FERNANDES, Og. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

JARDIM, Afrânio da Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

KANT, Immanuel. Princípios Metafísicos de la Doctrina, p. 167, apud BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Janeide Oliveira. **Objeto da tutela penal é interesse público**. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-30/aos-doze-objeto-tutela-penal-interesse-publico-amplo-sentido>>. Acesso em 15 nov. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARIONINI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais**. BuscaLegis. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Lex Magister, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2015.

_____. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTANA, Selma Pereira. **Temas de Direito Penal e Processual Penal**. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos.. Org: SCARPA, Antonio Oswaldo; EL HIRECHE, Gamil Foppel. Editora Juspodvim, 2013.

SARMENTEO, George. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. Org: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Porto Alegre: Editora Nubria Fabris, 2008.

SCHLICKMANN, David; HOBOLD, Caroline; BIANCO, Rosiane da Rosa. **A tutela jurisdicional efetiva na esfera penal – o repensar de um sistema fadado ao fracasso**. JusNavigandi. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34763/a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-esfera-pena>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

TÁVORA, Nestor e RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2016

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.