

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO VIRGILIO OLIVEIRA

**A EXECUÇÃO DA PENA APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO E A SUA
CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE**

Juína-MT

2019

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO VIRGILIO OLIVEIRA

A EXECUÇÃO DA PENA APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO E A SUA
CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Monografia apresentado ao curso de Bacharelado em Direito, da AJES - Faculdade do Vale do Juruena, como exigência parcial para obtenção do título Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Caio Fernando Gianini Leite.

Juína-MT

2019

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Virgílio. **A Execução da Pena após Acórdão Condenatório e a sua Constitucionalidade frente ao Princípio da Não Culpabilidade**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) AJES – Faculdade do Vale do Juruena, Juína - MT, 2020.

Data da defesa: 16/ 06/2020

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Me. Caio Fernando Gianini Leite

AJES

Membro Titular: Prof. Me. Luís Fernando Moraes de Mello

AJES

Membro Titular: Prof. Dr. Maurício Zanotelli

AJES

DECLARAÇÃO DE AUTOR

*Eu, Carlos Eduardo Virgilio Oliveira, portador da Cédula de Identidade RG nº 18029469 SSP/MT, e inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 180294-69, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou técnico científica, que este Trabalho de Conclusão de Curso. Intitulado **A Execução da Pena após Acórdão Condenatório e a sua Constitucionalidade frente ao Princípio da Não Culpabilidade**, pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e ao autor.*

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e ao autor.

Juína/MT, 16 de Junho de 2.020.

Carlos Eduardo Virgilio Oliveira

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus por me proteger e ter me dado forças para realizar as minhas conquistas, principalmente por ter me agraciado primeiramente com o José Eduardo e logo depois, com a Maria, filhos maravilhosos que alegrou o meu ser. Não posso deixar de consignar o apoio incondicional de minha esposa Márcia na jornada da vida, que sempre, sem titubear, esteve ao meu lado no caminhar, no cair, e nas lutas e vitórias alcançadas. Meu amor, eu te amo muito e que Deus permita sempre um novo florir de amor em nossas vidas.

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista a Márcia, esposa maravilhosa, dedicada e forte, que sempre me incentivou a trilhar e a buscar concretizar os meus sonhos. É para você meu amor mais essa conquista!

Consagro também essa vitória a minha família Gomes Oliveira e Virgílio Vasconcelos, em especial a minha mãe-vó Iracy Gomes, que me acolheu em seus braços ainda criança e me ensinou o caminho do justo, de princípios, de honra e do amor. Eu te amo mamãe e obrigado por tudo que fez por mim!

RESUMO

O presente trabalho traz a baila a análise da constitucionalidade com relação a execução da pena após acórdão confirmatório da condenação em segunda instância frente ao princípio da não culpabilidade. Tema este atual, de bastante maleabilidade por ter em voga um princípio constitucional, importando diversas mudanças que divide opiniões doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidades 43, 44 e 54. Apresenta-se no transcorrer do estudo, que a não execução da pena sob o enfoque não haver decorrido o trânsito em julgado é uma das formas de fragmentação desarrazoada e desvirtuada de estudiosos sobre a teoria garantista, sendo denominada tal postura como garantismo hiperbólico monocular ou garantismo à brasileira que impõe um desequilíbrio na balança da justiça. Busca sopesar o entendimento da Suprema Corte Brasileira sobre o tema, destacando nesse ínterim o garantismo penal integral, que é um sistema que veio a complementar e atualizar o sistema garantista, proposto pelo italiano Luigi Ferrajoli, que é fundado unicamente na proteção do indivíduo contra o abuso do Estado, tornando-o mais adequado para abarcar outros bens jurídicos de igual peso, que a posteriori, veio a ascender em decorrência do estabelecimento do Estado Democrático de Direito, na forma de mandamentos de proteção estipulados pela Constituição Federal vigente, notadamente os direitos sociais e difusos abarcados pela ordem social. Destaca-se nesse aspecto que essa releitura do garantismo na orbita criminal é essencial e mais ideal para a preservação e a sustentação da unidade do ordenamento jurídico e credibilidade da justiça.

Palavras-chave: Execução do Acórdão Condenatório. Constitucionalidade. Princípio da não culpabilidade. Garantismo Penal Integral.

ABSTRACT

The present work brings up the analysis of the constitutionality in relation to the execution of the sentence after a judgment confirming the conviction in the second instance against the principle of non-culpability. This current theme, quite malleable for having a constitutional principle in vogue, importing several changes that divide doctrinal opinions and jurisprudential positions since the promulgation of the 1988 Federal Constitution until the judgment of Direct Actions of Constitutionalities 43, 44 and 54. It is presented in the course of the study, that the non-execution of the sentence under the focus not having passed the *res judicata* is one of the forms of unreasonable and distorted fragmentation of scholars on the guarantor theory, being called such posture as monocular hyperbolic guarantor or guarantor to the Brazilian that imposes an imbalance in the balance of justice. It seeks to weigh the understanding of the Brazilian Supreme Court on the subject, highlighting in the meantime the full penal guarantee, which is a system that came to complement and update the guarantee system, proposed by the Italian Luigi Ferrajoli, which is founded solely on the protection of the individual against the abuse of the State, making it more suitable to encompass other legal goods of equal weight, which a posteriori, came to rise as a result of the establishment of the Democratic State of Law, in the form of protection commandments stipulated by the current Federal Constitution, notably the social and diffuse rights covered by the social order. It is noteworthy in this respect that this reinterpretation of the guarantor in the criminal orbit is essential and more ideal for the preservation and support of the unity of the legal system and credibility of justice.

Keywords: Enforcement of the Condemnatory Judgment. Constitutionality. Principle of non-culpability. Integral Criminal Guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	11
1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL	11
1.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE	13
1.1.1 Noções Introdutórias.....	13
1.1.2 Regra Probatória (<i>in dubio pro reo</i>)	16
1.1.3 Regra de Tratamento	18
1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	22
1.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	26
1.3.1 Defesa Técnica (Processual ou Específica)	27
1.3.1.1 Defesa Técnica Necessária e Irrenunciável	27
1.4 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	28
1.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	31
1.5.1 Da Adequação.....	34
1.5.2 Da Necessidade.....	35
1.5.3 Da Proporcionalidade em Sentido Estrito	36
CAPÍTULO II.....	39
2 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	39
2.1 Objetivos da Lei de Execução Penal	41
2.2 Conceito de Sentença.....	41
2.3 Execução após acórdão condenatório em segunda instância e uma breve contextualização do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	43
2.3.1 Entendimentos favoráveis à Constitucionalidade da Execução Provisória da Pena no HC Nº 152.752	47
2.4 Entendimentos contrários à constitucionalidade da Execução provisória da pena no HC Nº 152.752	52
2.5 Compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a execução da pena após acórdão condenatório na esfera processual penal brasileira	54
CAPÍTULO III	67
3 O GARANTISMO PENAL E A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	67
3.1 DEFINIÇÃO DE GARANTISMO PENAL SEGUNDO FERRAJOLI	68

3.2 O SISTEMA GARANTISTA ELABORADO POR FERRAJOLI COMO LIMITADOR DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL.....	70
3.3 O GARANTISMO “HIPERBÓLICO-MONOCULAR” OU “GARANTISMO À BRASILEIRA”	74
3.4 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL COMO UM DOS ALICERCES PARA A CONCRETIZAÇÃO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	79
3.5 O aprofundamento do PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL 81	
3.5.1 A dupla face do princípio da proporcionalidade: Princípio de proibição do excesso x Princípio de proibição de proteção deficiente	85
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

Partindo de uma breve análise histórica das constituições que vigoraram no país, e por última com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma positivação de inúmeros direitos em seu bojo, bem como foi a primeira a mencionar expressamente o princípio da presunção de não culpabilidade ou também conhecido como princípio da presunção de inocência, de modo que, até então naquele período, sua aplicação ficava a cargo da jurisprudência e da doutrina, que, para tanto, embasavam-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Pela história conturbada da política brasileira, o princípio não teve nenhuma força durante o Estado Novo e na ditadura militar, pelo contrário, o indivíduo que insurgisse contra o Estado era automaticamente presumido culpado.

Dentre os diversos aspectos que envolvem o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, está a sua relação com a prisão, pois que esta, afeta um dos principais bens jurídicos fundamentais: qual seja, a liberdade.

O objetivo deste trabalho é discutir a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, mormente à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal, que em tão pouco tempo se alteraram.

Em um primeiro momento, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte através de uma filtragem constitucional, posicionava no sentido da possibilidade da prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que ausentes os requisitos da prisão cautelar.

Pretende-se com isso, realizar um breve estudo dos principais julgados do STF sobre a presunção de inocência ou da não culpabilidade. Com isso, o trabalho buscará de maneira contundente refutar os argumentos jurídicos e políticos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão em que passam a impossibilitar a execução de sentença penal condenatória a partir do segundo grau de jurisdição.

CAPÍTULO 1

1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

Para imergir no estudo ora proposto, faz-se necessário a realização de uma breve análise de alguns princípios processuais penal que norteiam a persecução penal do Estado. Não pretende de forma alguma esgotar o tema em apreciação, mas trazer a relevância de sua incidência e equilíbrio entre si, tão desejado para.

Antes da análise dos princípios específicos, é importante trazer a definição do que seria princípio, pois existe inúmeras significações dada nos estudos da doutrina. Adota-se aqui os ensinamentos de Robert Alexy, que é percutido por grande parte da doutrina. O grande estudioso o define como:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹

Diante dessa definição, podemos compreender que princípio não é de aplicação absoluta, devendo levar-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso, onde haverá menor ou maior incidência para serem assim satisfeitos. Mostra-se que há um ponderação a ser utilizada pelo hermeneuta na análise fática.

É adequado mencionar que princípio não se confunde com regra. Como vimos, princípio possui abertura, deixando margem para que no caso concreto e diante das possibilidades jurídicas se extraia o grau de satisfação do princípio.

Trazendo a definição de regra, Robert Alexy nos ensina que:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma

¹ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²⁶ Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²

Ante a definição de regra, podemos considerar que este, existe um alto grau de determinação, impondo a realização do que estritamente é estabelecido, ou seja, conceito fechado, não podendo ser flexionado. Diferentemente de princípios que emana abstração, que é conceito aberto possibilita-se extrair a norma levando em consideração o ordenamento jurídico, sendo assim maleável a depender das possibilidades jurídicas.

Avançando no estudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³ elencou em seu bojo diversos princípios garantidores de direito e proteção social, o que não fica restrita a lei maior. Isso se dá pela assunção de compromisso firmado pelo Brasil em âmbito internacional, quais sejam, os Tratados Internacionais que incluíram diversas garantias ao Direito processual penal.

Nesse contexto, podemos mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominado de Pacto de São José da Costa Rica, onde prevê vários direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto 678/92, art. 7º), bem como garantias judiciais (Decreto 678/92, art. 8º)⁴.

Com relação a normatividade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343⁵, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se e assimilou a tese do status de supra legalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, integrando assim o bloco de constitucionalidade.

Com relação a essa integração ao Bloco de Constitucionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a derrogação de leis que o contrariar, Lima traz que:

Não por outro motivo, a despeito do teor do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, que prevê, em tese, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, a Suprema Corte entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsul.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴ BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵ STF. Recurso Extraordinário 466.343. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do art. 5º, inciso LXVII, da Carta Magna. Logo, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, por fazer parte do Bloco de Constitucionalidade, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel, por contrariar a convenção.⁶

Atualmente, devido a consagração do status normativo supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, não há falar em a decretação da prisão civil do depositário infiel, pois Convenção está abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna brasileira, onde a invalida caso a contrariem.

Em suma, com análise realizada sobre a definição de princípios, pode-se tecer considerações de que, princípio, pelo seu grau de abstração que lhe é inerente, deixa aberta a análise do caso, onde o hermeneuta para a extração da norma para a aplicação no caso concreto, levará em consideração todo o ordenamento vigente. Assim, passasse a análise individualizada dos princípios processuais constitucionais, tendo como início o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência.

1.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

Dentre os princípios a ser destacado na persecução do estudo, é relevante iniciarmos com aquele que é tido como o ponto central da divergência com relação a constitucionalidade da execução da pena após acórdão condenatório, qual seja, o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência. É importante repisar que não há objetivo de esgotar o tema, mas trazer a baila aspectos importantes para continuar a prosseguir no tema proposto.

1.1.1 Noções Introdutórias

Como ponto de ignição, destaca-se que no ano de 1764, Cesare Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, considerada uma das bases do direito penal moderno, já advertia que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode

⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 42.

retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.⁷

Esse garantia de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração Universal de Direitos Humanos⁸, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas - ONU -, em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Dispositivos semelhantes com essa garantia são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6.2⁹, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos com previsão no artigo 14.2¹⁰ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotado internamente pelo Decreto 678/92 no artigo 8º, § 2º, onde traz que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹¹.

Nas lições de Marco Antônio Marques da Silva, há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, a saber:

1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração

⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. 6ª Tiragem. São Paulo: CL EDIJUR, Leme, 2017, p. 38.

⁸ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁹ **CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹⁰ **PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹¹ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

Tem-se que no transcorrer do histórico Constitucional Brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como efeito do princípio do devido processo legal.¹³

Desse modo, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade passou a constar expressamente do texto magno, mais precisamente no inciso LVII do art. 5º, onde de sua literalidade diz que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁴.

Comparando-se perfunctoriamente a forma como o referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, é mencionado como presunção de inocência, e na Constituição Federal de 1988, traz que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade.¹⁵

Em observância a jurisprudência brasileira, há a adoção dos dois termos, ora princípio da presunção de inocência,¹⁶ ora ao princípio da presunção de não culpabilidade¹⁷, o que não causa qualquer prejuízo para o presente estudo.

A par dessa distinção terminológica, o que não é de grande relevância para o esboço, é notório que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Dec. 678/92¹⁸, em seu artigo 8º, nº 2 o faz tão somente até a comprovação legal da culpa.

¹² SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 30-31.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 43.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 43.

¹⁶ Vide súmula nº 09 do STJ. E também: STF, HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 07/02/2017.

¹⁷ Podemos mencionar: STF, 1ª Turma, AI-AgR 604.041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 – 31/08/2007; STF, 2ª Turma, HC 84.029/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007 p. 42.

¹⁸ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 out. 1988.

Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica¹⁹, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”).

A Constituição Federal de 1988, todavia, traz que com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos os que respondem a processos gozam. Seu caráter é mais amplo que o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Interessante mencionar que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰ prevê que os direitos estabelecidos em seu bojo, não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.

Aprofundando na análise do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) a doutrina²¹ acrescenta que derivam duas regras basilares do respectivo princípio: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento.²²

1.1.2 Regra Probatória (*in dubio pro reo*)

Diante dessa regra, Lima²³ nos ensina que a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Assim, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, competindo a

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 43.

²⁰ **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 44 a 48.

²² Por força do disposto no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (n. 2), Luiz Flávio Gomes acrescenta uma terceira regra, qual seja, a regra de garantia, segundo a qual a única forma de se afastar a presunção de inocência do acusado seria comprovando-se legalmente sua culpabilidade. A nosso ver, e com a devida vênia, tal regra já está inserida na regra probatória. (GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 442)

²³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 44.

demonstrar que o acusado praticou a conduta criminosa que lhe foi imputado na peça acusatória.

Segundo a doutrina de Gustavo Henrique Badaró²⁴, trata-se de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.

Os estudos da doutrina²⁵ vem a nos mostrar que a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*, onde esta disciplina que não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

A doutrina de Lima²⁶ nos ensina ainda que a regra probatória do *in dubio pro reo*, além de ser utilizado para a apreciação das provas, faz-se necessário ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou Querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Para Aury Lopes Junior, posiciona-se no sentido em que o réu não cabe provar nada no processo, por estar amparado pela presunção de inocência, assim externa que:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).²⁷

O Supremo Tribunal Federal²⁸ tratando-se do juízo condenatório, afirmou que não se justifica qualquer juízo condenatório sem sustentação probatória adequada, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 45.

²⁶ Idem.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.590.

²⁸ STF, 1ª Turma, HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>> Acesso em: 05 ago. 2019.

elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

A doutrina processualista²⁹ aponta que o termo final em que o *in dubio pro reo* incidirá, será até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, quando da incidência da revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal, seja condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*.

É importante mencionar que de acordo com o informativo 958 de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁰, o ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal, com previsão no artigo 621 do Código de Processo Penal, é de observância exclusivamente ao requerente, ou seja, do réu, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional. Nesse caso, destaca-se neste caso a não prevalência o in dubio pró réu.

1.1.3 Regra de Tratamento

Conforme Lopes Junior³¹, a presunção de inocência impõe um "verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)", ou seja, o investigado/processado deve ser de fato garantida a presunção de inocência.

A restrição de liberdade durante a persecução penal, é dotada de excepcionalidade, e somente se justifica caso preenchido os requisitos estabelecidos em lei. Assim entende-se que a regra é responder o processo criminal em liberdade, preservando o direito fundamental a liberdade, e a exceção é estar preso no curso do processual.³²

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 45.

³⁰ STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensalnovembro2019.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

³¹ LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.141.

³² LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 45.

Destaca-se na análise em *prima facie* que o princípio da presunção da inocência não vigora de maneira absoluta, apresentando-se limitações no ordenamento jurídico. Nesse sentido é os estudos de FRISCHEISEN; GARCIA e GUSMAN, onde esclarece que:

Por outro lado, temos as modalidades de prisão cautelar que privam a liberdade quando existem indícios de autoria e materialidade e se presentes, também os outros requisitos do art. 312 do CPP. Se é possível, por um lado, privar a liberdade daquele contra o qual, entre outros requisitos, pairam indícios de autoria, o expediente de proibição de execução provisória implica tratar mais severamente o preso em regime de prisão preventiva do que contra o qual já houve decisão condenatória.

Reafirmando o caráter relativo do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal³³ asseverou que o princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais, tendente a garantir a efetividade do processo.

Como bem assevera Renato Brasileiro de Lima, referindo a J. J. Gomes Canotilho e sopesando os seus estudos, nos mostra que:

(...) se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. Em outras palavras, o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto³⁴.

Há doutrina com entendimento de que esse dever de tratamento atua em duas dimensões, sendo essas internas e externa:

Internamente, é a imposição – ao juiz – de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso terá reflexos, entre outros, no uso excepcional das prisões cautelares, como explicaremos no capítulo específico. Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser

³³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **HC 89.501/GO** – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 16/03/2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/208_2.pdf>. Acesso em 05 ago. 2019.

³⁴LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p 46.

utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.³⁵

Com relação a esses recursos que tem como destinatário os Tribunais Superiores, o Código de Processo Penal dispõe em seu art. 637³⁶ que “o recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Assim, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, mesmo que inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.

O Supremo Tribunal Federal^{37 38} no ano de 2016 em repercussão geral no ARE 964246 - Recurso Extraordinário com Agravo, reafirmou a jurisprudência no sentido de que a execução do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal especial ou extraordinário, não ofende a presunção de inocência disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Modificando tal entendimento, concluiu a Suprema Corte que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 16, além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.³⁹

Nesta senda, o Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 194.810/SP afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, e seguiu afirmando que:

(...) a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.⁴⁰

³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.141e 142.

³⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 05 ago. 2019.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. ARE 964.246/SP – Rel. Min. Teori Zavascki – DJ 11/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4966379>> Acesso em: 07 ago. 2019.

³⁸ No mesmo sentido: STJ - Resp1748069. Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br/inteiroteor/y7368ng4d96r>> Acesso em: 07 ago. 2019.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. HC 84.078-7/MG. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&d ocID=608531>> Acesso em: 07 ago. 2019.

⁴⁰ STJ - HC 194.810. Disponível em :<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18235323/habeas-corpus-hc-194810?ref=juris-tabs>> Acesso em: 07 ago. 2019.

As mudanças produzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 confirmam a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, consoante a nova redação conferida ao art. 283 do CPP,

Ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁴¹

Em se tratando de condutas processuais com intuito manifestamente protelatórios abusando do direito de recorrer, o Superior Tribunal de Justiça⁴² no julgamento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento 862591 / MG já decidiu que em tais casos, se faz necessário o imediato início da execução da pena independente do trânsito em julgado.

Essa prática que é constantemente empregada, é caracterizadora do exercício irregular e abusivo do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição e a consequente violação ao princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do novo Código de Processo Civil⁴³ onde traz que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, ao qual também se sujeitam as partes”.

Nessa linha de entendimento, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal onde trouxe que:

A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos seus pressupostos, evidencia o intuito meramente protelatório. A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão.⁴⁴

⁴¹ BRASIL. **LEI Nº 12.403**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴² STJ – **EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 862591/MG** – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 11/11/2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27EEDAGA%27.clas.+e+@num=%27862591%27\)+ou+\(%27EDcl%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20Ag%27+adj+%27862591%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27EEDAGA%27.clas.+e+@num=%27862591%27)+ou+(%27EDcl%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20Ag%27+adj+%27862591%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 07 ago. 2019.

Na mesma linha: STJ. 5º Turma, EDcl nos ED cl no AgRg no Ag 1.142.020/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.07/10/2010, DJe 03/11/2010.

⁴³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁴ STF, 1ª Turma, RMS 23.841 AgR-ED-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 18/12/2006, DJ 16/02/2007. No posicionamento de que a utilização indevida das espécies recursais como mero expediente protelatório, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa: STF, 2ª Turma, AI 759.450 ED/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie,

Portanto, como vimos, os Tribunais Superiores têm entendido que o abuso de recorrer caracterizado pela violação da cooperação processual, exercício irregular do direito de recorrer e do duplo grau de jurisdição é conduta que não impede a execução do acórdão condenatório proferido em segunda instância.

1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal traz em seu bojo que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Extraí-se que esse princípio guarda o direito de contraditar a prova produzida pela outra parte na relação processual. Nesse sentido é a doutrina de Auri Lopes Junior, onde traz que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.⁴⁵

De acordo com esse posicionamento, podemos tecer apontamentos de que o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Segundo Lima⁴⁶ "é esse o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars*, sendo entendida como "seja ouvida também a parte adversa".

Lima ainda nos mostra que seriam dois, portanto, os elementos que integram o princípio do contraditório, sendo o primeiro relacionado ao direito à informação sobre a demanda processual; e o segundo pertinente ao direito de participação. O contraditório seria,

j. 01/12/2009, DJe 237 17/12/2009. Na mesma linha: STF, Pleno, AO 1.046 ED/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2007, DJe 31 21/02/2008.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.145.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.p.49.

assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis no decorrer do processo⁴⁷.

Assim, o direito à informação se mostra como consectário lógico do princípio do contraditório. Afirma a doutrina que:

Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Nesse sentido surge a importância dos meios de comunicação dos atos processuais, quais sejam, a citação, a intimação e a notificação.⁴⁸

Para o resguardo do processo penal eficaz e justo, o Supremo Tribunal Federal⁴⁹ editou a Súmula 707, trazendo que “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

Com relação à concepção original do contraditório e a superação da igualdade formal, Lima nos ensina que:

Pela concepção original do princípio do contraditório, entendia-se que, quanto à reação, bastava que a mesma fosse possibilitada, ou seja, tratava-se de reação possível. No entanto, a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, produziu a necessidade de se igualar os desiguais, repercutindo também no âmbito do princípio do contraditório.⁵⁰

O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.

Gustavo Henrique Badaró nos ensina que com relação ao princípio do contraditório, houve uma dupla mudança, sendo estas subjetiva e objetiva, onde leciona que:

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.p.49.

⁴⁹ STF - **HC 114.324**, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 28-5-2013, *DJE* 115 de 18-6-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2641>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.p.49.

(...) quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições. Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe a participação do julgador.⁵¹

Especialmente no decorrer do processo criminal, não se mostra suficiente garantir ao acusado o direito à informação e à reação em um plano formal. Como está em discussão bens jurídicos fundamentais caros as pessoas, garantido pela Constituição da República, e ainda que o acusado não apresente interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor.⁵²

Como forma de explicitar a garantia descrita, impõe o artigo 261 do Código de Processo Penal que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. E não se deve contentar com uma atuação meramente formal desse defensor. Basta perceber que, dentre as atribuições do juiz-presidente do júri, o CPP elenca a possibilidade de nomeação de defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso (CPP, art. 497, V).⁵³

Nesse sentido, não é suficiente assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar, se não são disponibilizados os meios para o contraditório. É esse o ensinamento de Lima, onde externa que:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.⁵⁴

É nesse sentido que deve ser entendido o parágrafo único do artigo 261 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 10.792/03, que passou a dispor: “A defesa técnica,

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 1-36.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.p.49.

⁵³ Com esse entendimento: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.p.50

quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada⁵⁵.

Prevalece majoritariamente na doutrina⁵⁶ e na jurisprudência do Corte Suprema⁵⁷ o entendimento de que o contraditório só é de observância obrigatória, na fase processual, e não na fase investigatória que é encampada pelo inquérito policial que se trata de procedimento inquisitivo.

E para fundamentar tal posicionamento, lança-se mão do artigo 5º, LV, da Carta Magna, que faz menção à observância do contraditório somente em processo judicial ou administrativo o que não se confunde com o inquérito policial que é considerado pela maioria da doutrina⁵⁸ um procedimento administrativo destinado à colheita de elementos de informação quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação⁵⁹.

Com relação ao instituto da prova, é importante mencionar que esta é produzida durante o processo como regra, com a participação das partes, sob pena de nulidade. Esse é o entendimento de Lima onde nos ensina que:

Por força do princípio ora em análise, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa.⁶⁰

Não é só com a participação dialética das partes que se produz a prova em âmbito processual penal, ainda conforme a doutrina do supracitado autor, sobre tal perspectiva nos ensina que:

A prova há de ser produzida não só com a participação do acusador e do acusado, como também mediante direta e constante supervisão do órgão julgador(...) Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como prova, portanto, os dados de

⁵⁵ BRASIL. PLANALTO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 10 jan 2020

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.50.

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Inquérito 2.266 Amapá**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1812853>>. Acesso em 10 jan 2020

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.33.

⁵⁹ STF, 2ª Turma, **HC 99.936/CE**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 232 10/12/2009. Em sentido semelhante: STF, 2ª Turma, **HC 83.233/RJ**, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.03.2004.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.50.

conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.⁶¹

Nesse sentido, percebemos que a observância do contraditório ao longo de toda a *persecutio criminis in iudicio*, é pedra fundamental do processo penal⁶² na busca da verdade, sobre a supervisão do juízo, contribuindo com a aproximação dos fatos e para o livre convencimento do magistrado da causa que decidirá fundamentadamente.

1.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa, consiste na ampla possibilidade do acusado, usando da autodefesa e/ou da defesa técnica manifestar sob todos os pontos que lhe fora imputado.

Como fundamento dessa garantia, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, expressamente prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A doutrina nos mostra que apesar não se confundirem, há um relação tênue entre o princípio do contraditório e o da ampla defesa, e segue nos ensinando que:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação.⁶³

O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz. Deixar de comunicar um determinado ato processual ao acusador, ou impedir-lhe a reação à determinada prova ou alegação da defesa, embora não represente violação do direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório. O

⁶¹ Idem.

⁶² Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso De Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 34. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/epubcfi/6/24\[vnd.vst.idref=html11\]!/4/158/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/epubcfi/6/24[vnd.vst.idref=html11]!/4/158/2@0:0>)>. Acesso em 10 jan 2020

Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 116.

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.51.

contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu”⁶⁴.

Sob a luz da ampla defesa, a doutrina⁶⁵ explica que ao acusado é outorgados alguns privilégios em prejuízo da acusação, como podemos mencionar a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*.

É prevalecente na doutrina⁶⁶ a subdivisão da ampla defesa em defesa técnica e autodefesa, explanaremos brevemente sobre cada uma delas.

1.3.1 Defesa Técnica (Processual ou Específica)

Segundo Lima, trata-se da defesa realizada por profissional da advocacia, de forma irrenunciável, onde segue:

Defesa técnica é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, ou seja, ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor⁶⁷.

1.3.1.1 Defesa Técnica Necessária e Irrenunciável

Lima⁶⁸ traz que sob pena de nulidade dos atos processuais, a defesa técnica é indisponível e irrenunciável. Ainda que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de defensor.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.52.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.148.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.52.

Lopes Junior⁶⁹ aponta que exatamente em virtude da necessidade de defesa técnica, dispõe o art. 261 do CPP que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Podemos compreender então que não é possível no processo criminal ocorrer sem a defesa técnica, sendo esta entendida como aquela exercida por profissional da advocacia. Em se tratando da sua não o processo estará eivado de nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa, prevista no art. 564, III, “c” do Código de Processo Penal.

Nessa linha de entendimento, segundo a súmula nº 708 do Supremo Tribunal Federal, “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”⁷⁰.

Essa nulidade é abrandada quando se referir aos processos de natureza cível, onde nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷¹ no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.168/DF fez interpretação de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo ser afastada a defesa técnica em relação aos juizados especiais cíveis.

Insta salientar que na mesma ADI 3.168/DF se exclui do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001, de que trata da relativização da defesa técnica, a competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal.

1.4 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Na dicção de Lima sobre o princípio do juiz natural, este nos ensina que:

(...) deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.149.

⁷⁰ No sentido da nulidade absoluta de sessão de julgamento de apelação criminal realizada sem a presença de defensor constituído, porquanto, após a apresentação das razões de apelação, o advogado constituído teria renunciado aos poderes que lhe foram conferidos, sem que o juiz tivesse notificado o acusado para a constituição de novo defensor, como demanda a súmula nº 708 do STF: STF, 2ª Turma, HC 94.282/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/03/2009, DJe 75 23/04/2009.

⁷¹ Supremo Tribunal Federal - **informativo 430**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo430.htm#Art.%2010%20da%20Lei%2010.259/2001%20e%20Constitucionalidade>>. Acesso em: 10 jan 2020.

juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei.⁷²

Na esteira dos ensinamentos de Lopes Junior⁷³, este vai além, referindo que o "princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência".

Em se tratando de Tratados Internacionais, é importante discorrer que no art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica internalizada pelo decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 positiva que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No mesmo sentido de posituação, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁴, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, prevendo o referido princípio em seu art. 9 e 14, onde segue:

Artigo 9 - 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)

Artigo 14 - 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)

Não é de olvidar que o princípio ora em análise é fundamental e indispensável ao processo penal para o julgamento da causa de maneira imparcial e independente. É a lição de Lima:

Cuida-se de princípio fundamental do processo penal, instituído em prol de quem se acha submetido a um processo, impedindo o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso,

⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.68.

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.148.

⁷⁴ **PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 10 ago. 2019.

definida na Constituição Federal, valendo, assim, pelo menos para a doutrina, a regra do *tempus criminis regit iudicem* ⁷⁵.

Sobre a origem, a doutrina majoritária traz que a primeira vez que o princípio do Juiz Natural surgiu com tal denominação foi mesmo na Carta Constitucional Francesa de 1814, que previu a garantia do cidadão ser julgado pelo Juiz Natural: “Ninguém poderá ser subtraído de seus juízes naturais”. ⁷⁶

É relevante externar que o princípio do juiz natural não está na Constituição Federal expressamente, mas implicitamente podemos constatá-lo. O inciso XXXVII do art. 5º da Magna Carta preceitua que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Lado outro, e de modo complementar, estabelece o art. 5º, inciso LIII, da CF, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. ⁷⁷

Importa mencionar o momento de atuação do supracitado princípio, e para isso, lançamos mão dos ensinamentos de Lopes Junior, onde:

O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgador

Devemos esclarecer que o princípio do juiz natural não impede a criação de varas especializadas para julgamento de determinados delitos, pois não está a concluir que se trata de criação de juízos ou tribunais de exceção. Nos ensinamentos de Lima podemos nos ater que:

Da vedação aos juízos ou tribunais de exceção não se pode concluir que exista qualquer impedimento à criação de justiças especializadas ou de varas especializadas. Em relação a tais justiças, não se dá a criação de órgão para julgar, de maneira excepcional, determinadas pessoas ou matérias. Ocorre, sim, simples atribuição a órgãos jurisdicionais inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição de competência para o julgamento de matérias específicas, com o objetivo de melhor atuar a norma substancial. ⁷⁸

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.68.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.68.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.70.

Podemos concluir que o princípio ora em estudo não se trata de uma mera disposição a ser seguida, mas compreende mais do que isso, em um dos princípios caracterizadores do processo penal constitucional que fulmina em um juízo imparcial, justo e independente.

1.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade de maneira igual ao do juiz natural, não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal de 1988. Porém, podemos considerar que conforme o Supremo Tribunal Federal, o respectivo princípio está inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal– “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV)⁷⁹.

Nesse sentido, observa o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes ⁸⁰ que,

A cláusula do devido processo legal – objeto de expressão proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.⁸¹

⁷⁹ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 188 e 189.

⁸⁰ MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

⁸¹ Segundo Luís Roberto Barroso, há uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, principalmente na fase em que se atribui a essa garantia feição substancial. Ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade, o referido autor aponta os mesmos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, trabalhados pela doutrina e

Com relação a contenção de excessos estatais no âmbito criminal, faz-se necessário colacionar o HC 124.306, relatoria do Min. Roberto Barroso em que trata da atipicidade do aborto até o terceiro mês de gravidez:

(...) é preciso conferir interpretação conforme à Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do CP – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.⁸²

É por esse sustentáculo pela qual a doutrina⁸³, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e vedando o abuso e impedindo a abstenção estatal.⁸⁴

Lopes Junior destaca que até quando da interposição da demanda criminal, faz-se necessário a observância do princípio da proporcionalidade para evitar o excesso estatal. Segue discorrendo que:

Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa.⁸⁵

Segundo Lima, a fim de conferir aplicação do princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência conceberam pressupostos e requisitos a serem atendidos para que o princípio pudesse ser aplicado de maneira coerente e legítima. O princípio da

pela jurisprudência como requisitos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219).

⁸²Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>> Acesso em: 15 ago. 2019.

⁸³VASCONCELOS. Clever, **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609741/pageid/4>> Acesso em: 15 ago. 2019.

⁸⁴Nesse sentido: STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 111/112, item nº 14, 1995, Saraiva; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 352/355, item nº 11, 4ª ed., 1993, Malheiros.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.345.

proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica.⁸⁶

Quanto ao pressuposto formal, qual seja, o princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal.⁸⁷

Com relação ao pressuposto material, por força do princípio da justificação teleológica, busca-se a legitimação do uso da medida cautelar, a partir da demonstração das razões pelas quais a aplicação da medida tornou-se necessária em relação ao fim que se objetiva alcançar. Cabe aqui analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social⁸⁸.

Quanto à legitimidade constitucional, pode ser necessária a restrição de determinado direito fundamental não apenas para proteger outro direito fundamental, mas também bens constitucionalmente tutelados. Em relação à relevância social, os fins devem ser socialmente relevantes para justificar a limitação a um direito fundamental.

Sobre a limitação a um direito constitucional é importante colecionar o voto do Ministro Gilmar Mendes, em que:

(...) tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF. (...)

A referência – argumento de autoridade – não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação. Na espécie, em momento algum, o magistrado de primeiro grau aponta fatos concretos que justifiquem a real necessidade da quebra desses sigilos. HC 96.056, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 28-6-2011, 2ª T, DJE de 8-5-2012.⁸⁹

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.86 e 87.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 96.056**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>> Acesso em: 15 ago. 2019.

Segundo Lima, além dos pressupostos da legalidade e da justificação teleológica, o princípio da proporcionalidade também possui requisitos extrínsecos e intrínsecos. Subdividem-se os primeiros nos requisitos da judicialidade e da motivação; os segundos, na adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁹⁰

Faz-se necessário no presente momento colecionar a definição didática de Lima com relação a judicialidade e motivação, onde menciona que:

Por judicialidade compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. A denominada cláusula de reserva de jurisdição garante ao Poder Judiciário não apenas dar a última palavra em matéria de restrição de direitos fundamentais, como também assegurar sua manifestação já no primeiro momento em que a restrição se mostrar necessária.

Quanto à motivação, há de se ter em mente que, em se tratando de decisões das quais resulte, de alguma forma, restrição a direitos fundamentais, será por meio da fundamentação da decisão judicial que poderá aferir quais os motivos de fato e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação de seu convencimento, permitindo ao cidadão impugnar o ato se o entender inconstitucional ou ilegal.⁹¹

Com relação aos requisitos intrínsecos da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho traz que também são denominados de subprincípios da proporcionalidade ou elementos de seu conteúdo, qual seja, a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três subprincípios da proporcionalidade são bem sintetizados por “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”⁹².

1.5.1 Da Adequação

O primeiro requisito intrínseco ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo é o da adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou da conformidade. Por força da adequação, a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.87 e 88.

⁹¹ Idem.

⁹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109032/2002_guerra_filho_willis_principio_constitucional.pdf?sequence=1> Acesso em: 15 ago. 2019.

fim proposto. Não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido.

A adequação qualitativa impõe que as medidas sejam qualitativamente aptas a alcançar o fim desejado, ou seja, idôneas por sua própria natureza. Exemplificando, se o objetivo é evitar a fuga do acusado, não faz sentido querer proibi-lo de entrar em contato com certas pessoas, pois a medida adotada seria qualitativamente inadequada⁹³.

A adequação quantitativa cuida da duração e da intensidade da medida em relação à finalidade pretendida. Supondo-se que uma prisão preventiva tenha sido decretada para assegurar a conveniência da instrução criminal, uma vez, concluída a instrução processual, a medida deve ser revogada, a não ser que haja outro motivo legal que justifique a segregação do acusado. Por derradeiro, a adequação na determinação do âmbito subjetivo de aplicação diz respeito à individualização do sujeito passivo da medida e à proibição de extensão indevida de sua aplicação.

Afinal, a depender das circunstâncias do caso concreto, uma medida, em um mesmo processo, pode ser subjetivamente adequada em relação a um dos acusados, mas não sê-lo em relação a outro. Por isso, no âmbito processual penal, para que sejam adotadas medidas restritivas, é necessário que haja indícios de autoria ou de participação na prática de determinada infração penal, sendo que, a depender da ingerência a ser realizada, exige-se maior grau de suspeita⁹⁴.

Com base no subprincípio da adequação, há, portanto, uma relação de meio e fim, devendo se questionar se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido.

1.5.2 Da Necessidade

O segundo requisito ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade ou da exigibilidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha do meio mais suave, ou da proibição de excesso⁹⁵.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

⁹⁴ Nesse sentido: DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Op. cit. p. 67-68.

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

Por força dele, entende-se que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída.

Lima aponta que a necessidade é princípio constitucional porque deriva da proibição do excesso; é princípio comparativo porque induz o órgão da persecução penal à busca de medidas alternativas idôneas; tende à otimização da eficácia dos direitos fundamentais porque obriga a refutar as medidas que possam ser substituídas por outras menos gravosas, com o que se diminui a lesividade da intromissão na esfera dos direitos e liberdades do indivíduo ⁹⁶.

O referido autor, sobre a necessidade, traz como exemplificação o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96, onde nos ensina que:

(...) a interceptação de comunicações telefônicas só poderá ser deferida quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, ou seja, se for possível comprovar-se o fato por meio de prova menos gravoso, não se justifica a violação à intimidade. Por outro lado, no caso de prisões cautelares, lembra Carnelutti que a medida “se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas aí se este abusa dela” ⁹⁷.

Extraí-se do ensinamento supracitado, onde é imperioso que o julgador sopesse quando da aplicação de medida, acolhendo aquela menos gravosa que atinja os efeitos desejados para o caso em concreto, sob pena de afronta ao subprincípio da necessidade.

1.5.3 Da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Como derradeiro, temos o terceiro subprincípio, que é o da proporcionalidade em sentido estrito, que segundo a doutrina especializada impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. ⁹⁸

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 89.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

Assim, pode-se extrair que a proporcionalidade em sentido estrito trata-se da análise ponderada das medidas cabíveis ao caso pelo juízo, onde este projeta-se uma verificação do possível resultado a ser ocasionado, excluindo de plano aquela medida desproporcional.

Lima analisando os estudos de Canotilho em relação as desproporcionalidades, afirma que “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos”⁹⁹.

Sobre a observação da proporcionalidade, é importante destacar os ensinamentos de Barcellos, onde traz que:

Reproduzindo o modelo mais comumente adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entende-se que atenderá à proporcionalidade a norma ou ato que seja capaz de atender a três testes sucessivos: o da adequação lógica entre os meios empregados e os fins a que eles se destinam; o da vedação do excesso ou da necessidade, que envolve uma comparação entre os meios adotados pela norma ou ato e outros eventualmente menos gravosos para os direitos envolvidos e igualmente capazes de produzir os resultados pretendidos; e, por fim, o teste identificado como da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida de um confronto da norma ou ato com o sistema constitucional como um todo, de modo a aferir se, ao pretender realizar determinado fim, ele respeita minimamente as demais normas constitucionais.¹⁰⁰

A doutrina especializada entende que há de se averiguar se o ônus imposto ao titular do direito fundamental guarda relação de proporcionalidade com a importância do bem jurídico que se pretende tutelar. No âmbito processual penal, este juízo de ponderação opera-se entre o interesse individual e o interesse estatal¹⁰¹.

Sabe-se que a presunção de inocência ou da não culpabilidade é tida como diadema do processo penal. Ela está presente em todas as constituições democráticas da atualidade e a sua principal função é frear os abusos e arbitrariedades da atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo, mas também deve ser interpretado com consonância com outras disposições que exara da Lei Maior sobre o tema, como o devido processo legal disposto no artigo 5º LIV e da prisão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária.

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 89.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.402. Disponível em:< <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983918/>>. Acesso em 11.jan.2020.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p 89.

Para se adquirir a consonância desejada, a doutrina afirma que o princípio da proporcionalidade justamente deve ser visto como o "fiel da balança", para auxiliar a interpretação ótima a ser buscar no equilíbrio entre os bens jurídicos em jogo de sorte a se falar em um garantismo integral ou proporcional.¹⁰²

Destaca-se que interpretar princípio, seja qual for, de maneira isolada ou literal é impor a ineficácia do sistema processual penal, sendo este, o último ramo de atuação estatal frente a condutas sociais de mais alto grau de violação a bens jurídicos e paz social, bem como a de flertar com a impunidade e descrença na justiça pela sociedade.

¹⁰² MENDONÇA, Andrey Borges de. IN: FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4 ed. Verbo Jurídico, 2017. p.189 e 190.

CAPÍTULO II

2 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Em debates e diversos estudos, muito já se discutiu pela doutrina a respeito da natureza jurídica da execução processual penal, se se trata de natureza administrativa ou jurisdicional. Pode-se afirmar que existe uma certa predominância no âmbito doutrinário de que sua natureza da execução penal é jurisdicional¹⁰³.

Apesar da execução penal possuir ligações tênues aos planos administrativo e jurisdicional, as orientações da execução são determinados pelo Poder Judiciário, e é por isso que na Lei 7.210/ 1984 que trata da Lei de Execuções Penais¹⁰⁴ impõe o exercício da jurisdição no processo de execução, com previsão no artigo 2º da lei; do juízo da execução, previsto no artigo 65 de mesma lei, e a determinação do procedimento judicial a ser observado, conforme os artigos 194 a 197 da Lei de Execuções Penais¹⁰⁵.

Partindo da premissa de possuir natureza jurisdicional a execução penal, faz necessário a observância aos princípios e garantias constitucionais, dentre os quais merecem destaque: o da legalidade; a publicidade; a oficialidade; a imparcialidade do juiz; o devido processo legal; a ampla defesa; o contraditório; e duplo grau de jurisdição¹⁰⁶.

De forma a respeitar os direitos consagrados de forma expressa e implícita na Constituição Federal de 1988, a doutrina¹⁰⁷ traz que o processo execucional reclama observância aos princípios da dignidade da pessoa humana; razoabilidade; proporcionalidade; humanização da pena; e intranscendência ou personalidade da pena, segundo o qual a pena não deve ir além da pessoa do executado.

A doutrina especializada traz que a execução penal, trata-se de um procedimento que se propõe à aplicação da pena ou da medida de segurança fixada em sentença condenatória ou absolutória imprópria¹⁰⁸.

¹⁰³ MARCÃO, Renato. **Execução penal**. 9 Saberes de Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22-23.

¹⁰⁴ PLANALTO. Lei de Execução Penal. **Lei 7.210/ 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ MARCÃO, Renato. **Execução penal**. 9 Saberes de Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22-23.

¹⁰⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

Assim, com o transcorrer do processo até o seu trânsito em julgado, a sentença passa a ser título executivo judicial, em que o seu processamento sustenta-se de regras especiais, com início na maioria dos casos, de ofício pelo juiz, não impondo de imediato o cumprimento pela parte condenada, mas sim sob a tutela do Estado, o qual nessa fase faz valer sua pretensão punitiva, desdobrada aqui em pretensão executória¹⁰⁹.

Ainda com relação a natureza jurídica da execução penal, Távora e Alencar¹¹⁰ defendem que a execução penal possui natureza jurídica híbrida, sendo preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativa.

Outro importante doutrinador que se posiciona do mesmo modo é Guilherme de Souza Nucci¹¹¹, o qual menciona que a natureza jurídica da execução penal é primordialmente jurisdicional, possuindo a finalidade de efetivar a vontade punitiva estatal, envolvendo conjuntamente atividade administrativa.

Cabe também dizer que a respeitada jurista Ada Pellegrini Grinover¹¹² em seus ensinamentos afirmou que:

a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Assim, pode-se afirmar que, embora não exista unanimidade na doutrina com relação a natureza jurídica da execução, é notória a pluralidade de doutrinadores que possuem o posicionamento de que a execução penal possui natureza jurídica híbrida, sendo o processo executivo criminal preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativo¹¹³.

Superada a indagação sobre a natureza jurídica da execução penal, passasse a análise e indagação do objetivo da execução penal segundo a legislação e doutrina nacional.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2010.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2010.

¹¹¹ Idem.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

¹¹³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

2.1 OBJETIVOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Lançando mão do que emana o artigo 1º da Lei **7.210/ 1984**¹¹⁴, a execução penal tem por objetivo efetivar, dar cumprimento às disposições de sentença ou decisão proferida em sede de juízo criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A doutrina¹¹⁵ aponta ainda um segundo objetivo da execução penal é a garantir o devido processo legal e respeito a dignidade humana, sendo estes indissociável do primeiro, para que a recuperação e formação do condenado tenha legitimidade.

O ato de fazer executar a sanção penal judicialmente imposta, observando o papel da socialização ou ressocialização e princípios constitucionais, com vistas à reinserção social, constitui, em síntese, os objetivos visados pela lei de execução penal.

Percebe-se que para se ter uma execução é necessário haver uma sentença condenatória ou absolutória imprópria. É importante assim, conceituar o que é sentença na visão doutrinária e legislativa.

2.2 CONCEITO DE SENTENÇA

De acordo com o Código de Processo Civil, em seu artigo 203, parágrafo 3º traz que o conceito legal de sentença, como sendo "o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução"¹¹⁶.

A melhor doutrina, conceitua a sentença encorpando os seus tipo, o qual traz que:

A sentença é a decisão terminativa do processo, podendo ser definitiva quanto ao mérito, abordando a pretensão punitiva do Estado, para acolhê-la ou refutá-la. Pode ser condenatória, julgando procedente o pedido e aplicando a pena; absolutória, julgando improcedente o pedido. Eventualmente, profere-se sentença constitutiva, alterando o estado do réu, como ocorre na reabilitação; pode haver, ainda, a sentença

¹¹⁴ PLANALTO. Lei de Execução Penal. **Lei 7.210/ 1984**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 11.jan.2020.

¹¹⁵ Brito, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3º. ed. rev., atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.38.

¹¹⁶ PLANALTO. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11.jan.2020.

mandamental, contendo uma ordem a ser cumprida, como no habeas corpus e no mandado de segurança.¹¹⁷

Percebe-se que o ilustre doutrinador em sua definição de sentença, já apresenta os seus tipos, quais sejam, as sentenças definitivas, as sentenças absolutórias, as constitutivas, e a mandamental.

Com relação as sentenças absolutórias, existem as denominadas sentenças impróprias, que, apesar de não considerarem o réu um criminoso, porque inimputável, impõem a ele medida de segurança, uma sanção penal constritiva à liberdade, mas no interesse da sua recuperação e cura¹¹⁸.

No bojo do Código de Processo Penal, no entanto, usa-se o termo sentença em sentido amplo, para abranger, também, as decisões interlocutórias mistas e as definitivas, que não avaliam a imputação propriamente dita¹¹⁹.

Seguindo mais adiante, o magistrado ao proferir a sentença, como vimos, pode ser absolutória, interlocutória e condenatória, no caso de ocorrer essa última, estará dando início a uma nova etapa, qual seja, a da execução penal.

A doutrina aponta que a sentença é o objeto da execução penal, segue dizendo que:

O objeto da execução penal é a sentença penal. Nesta, haverá uma pena concreta (que poderá ser suspensa) ou uma medida de segurança aplicada no que se chama absolvição imprópria. Diz-se que a sentença é condenatória quando dá provimento ao pedido da acusação, que é o de condenar o réu.

É importante destacar que a lei de execuções penais¹²⁰, em seu artigo 1º traz expressamente o objeto da execução penal, como sendo " efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

¹¹⁷ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual Processo Penal e Execução Penal - Esquemas & Sistemas**, 5ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 133. 9788530986469. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986469/>>. Acesso em: 11.jan.2020.

¹¹⁸ PACHELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.489. 9788597023763. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>>. Acesso em: 11.jan.2020.

¹¹⁹ PACHELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.p.489. 9788597023763. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>>. Acesso em: 11.jan.2020.

¹²⁰ PLANALTO. Lei de Execução Penal. **Lei 7.210/ 1984**.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 11.jan.2020.

Segundo a doutrina, efetivar a sentença conforme se extrai do artigo supramencionado, é tornar concreta a submissão do condenado à sanção imposta, e integração social harmônica porquanto, ao restringir sua liberdade, não poderá execrá-lo do convívio social ao qual deverá retornar.¹²¹

Do estudo, extrai-se que a execução penal é forma com que o Estado retribui as violações aos bens jurídicos mais importantes tutelados dentro da sociedade, garantindo a necessária eficácia ao direito criminal e impedindo que a impunidade galgue ascendência.

É importante refletir a seguir em relação aos posicionamentos jurisprudenciais da suprema corte brasileira referente a execução da pena após cordão condenatório em segunda instância.

2.3 EXECUÇÃO APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM SEGUNDA INSTANCIA E UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o transcorrer dos três anos posteriores da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do Habeas Corpus 68.726¹²², sendo esta a primeira ação autônoma de impugnação a enfrentar o tema relacionado a execução da pena, decidiu-se naquele momento pela voto da maioria absoluta dos Ministros da Suprema Corte que a execução da pena após acórdão condenatório não viola os direitos consagrados na Constituição Federal recém vigente.

Esse posicionamento onde permitia a execução penal já em segunda instância vigorou até os primeiros meses do ano de 2009. Assim, mais precisamente até fevereiro daquele ano, o Supremo Tribunal Federal entendia que era possível a execução da pena após decisão condenatória já em segunda instância, sob o prisma de que os recursos no Tribunais Superiores, qual seja, o extraordinário e o especial, são recebidos no efeito devolutivo. Neste sentido, a Suprema Corte entendia que é possível que o órgão colegiado de segundo grau

¹²¹ BRITO, de, A. C. **Execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.44.9788553608928. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608928/>>. Acesso em: 21 abr. 2020

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68.726/DF**, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 20.11.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> >. Acesso em: 20 jan.2020.

expeça mandado de restrição da liberdade do réu para o cumprimento da pena, tendo em vista que estão exauridas as instâncias ordinárias criminais.¹²³

Porém, após aproximadamente de 18 anos de entendimento consolidado com base em argumento sólidos, o Supremo Tribunal Federal em uma guinada jurisprudencial, passou a exigir o transcorrer do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição para executar a pena aplicada. Assim fica proibida a execução da pena após condenação em segunda instância. De maneira excepcional o Pretório Excelsior passou a permitir as prisões cautelares durante a persecução penal.

Assim, no dia 05/02/2009 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 84078¹²⁴ sob a relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, fixou jurisprudência passando a entender que não era possível a execução da pena após acórdão condenatório, argumentando no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ocorrer a título cautelar; bem como afirmou que execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição do direito de defesa e a antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição.

Dessa forma, réu somente poderia ter a sua liberdade tolhida de maneira cautelar, nos casos de interposição recursal, na forma do artigo 312 do Código de Processo Penal, e não como execução da pena após condenado em segunda instância.

Na luz do posicionamento esposado da Corte Suprema, caso o réu fosse condenado em segunda instância e interpusesse recurso especial ou recurso extraordinário, não teria que iniciar o cumprimento da pena, mesmo diante da inexistência de reexame dos fatos, enquanto aguardava o julgamento pelos Tribunais Superiores.

Esse entendimento perdurou até meados fevereiro de 2016, ou seja, quase 6 anos, onde no dia 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal novamente ao enfrentar o tema no Habeas Corpus 126292 sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki¹²⁵, e passou a admitir mais uma vez a execução da pena após a condenação em segunda instância, reaplicando o entendimento

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68726**. Min. Rel. Néri da Silveira. Data de Julgamento: 28/06/1991.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84078**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 11.jan.2020.

¹²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 jan.2020.

tradicional da Corte. Tendo como principais premissas para o retorno do posicionamento tradicional, os argumentos de que:

É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência; O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso¹²⁶.

Destaca-se no apontamento da corte, de que até o momento da prolação da sentença penal condenatória, que confirmada em 2º grau de jurisdição, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, ou seja, após o acórdão condenatório, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal não se prestam a discutir fatos e provas ou questões individuais, mas apenas matéria de direito¹²⁷.

Por não haver princípio de aplicação absoluta no domínio de um Estado Democrático de Direito, é possível a afirmação de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não é empecilho para que, precedentemente ao trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

A execução da pena na impetração de recursos nos Tribunais Superior não afeta a essência do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual¹²⁸.

É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade com outros princípios, como por exemplo, o da efetividade da função jurisdicional penal e do arcabouço jurídico vigente. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos investigados; acusados ou processados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro¹²⁹.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 jan.2020.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem.

Sobre os argumentos contundentes a favor da execução da pena em decorrência de acórdão condenatório, é importante mencionar o entendimento com base no tocante ao direito internacional, a manifestação da ministra Ellen Gracie (aposentada) no julgamento do HC 85886¹³⁰, quando salientou que “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Com base em tais fundamentos o Pretório Excelsior retomou ao primeiro entendimento da corte, afirmando a constitucionalidade da execução da pena em decorrência de acórdão condenatório, sem ofensa aos princípios da Constituição Federal.

No dia 07/11/2019, o STF, ao julgar as Ações Diretas de Constitucionalidades 43, 44 e 54¹³¹ sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio, retornou a positivar o entendimento firmado em 2009, onde afirmou que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Assim, fica proibida a execução da pena após acórdão condenatório.

Vale ressaltar que é possível que o réu cautelarmente seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP¹³².

Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução da pena.

Principais argumentos sustentado pelo relator é que:

(...) O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. Esse artigo é plenamente compatível com a Constituição em vigor.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85886**. Relatora: ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 11 jan.2020.

¹³² PLANALTO. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei Nº 3.689/1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso 11 jan.2020.

(...) O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação.
(...) É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desprestigiar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.
(...) A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público.¹³³

A votação iniciou em outubro de 2019, mas somente terminou no início do mês de novembro. Assim, por 6 votos a 5, placar bastante apertado, o Supremo Tribunal Federal decidiu derrubar a possibilidade de prisão em segunda instância – ou seja, alterou novamente o entendimento adotado em 2016.

Do outro lado, de quem estava a favor da prisão em segunda instância, estavam os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia¹³⁴.

A decisão valerá para todas as instâncias do Judiciário e será de cumprimento obrigatório. Entretanto, de acordo com os ministros Toffoli e Fachin¹³⁵, a decisão do STF não implica em liberação automática dos presos em segunda instância – ou seja, caberá a cada juiz analisar, caso a caso, a situação dos processos.

2.3.1 Entendimentos favoráveis à Constitucionalidade da Execução Provisória da Pena no HC Nº 152.752

De início, será analisado o voto do relator Ministro Edson Fachin¹³⁶ que abriu o plenário e as manifestações favoráveis à constitucionalidade do ato, sendo o voto condutor para os demais.

Conforme já mencionado em sede preliminar, apontou-se como ato coator, inicialmente, a decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

¹³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF**- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso 11 jan.2020.

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152/752**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 11 jan. 2020.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem.

Posteriormente, por meio de aditamento, a defesa noticiou a superveniência, no contexto daquele Tribunal Superior, de acórdão denegatório da ordem, decisão assim ementada:

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. Cópia HC 152752 / PR POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. I - Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI¹³⁷, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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 Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes dito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ¹³⁸.

O Ministro Relator Edson Fachin utilizou como base para justificar a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância, o voto do ministro Teori Zavascki no HC. nº 126. 292¹³⁹, onde, segundo ele, a suprema corte passou a adotar o entendimento de que esse ato não infringe o princípio da presunção de inocência, sendo cabível o início do cumprimento da pena após os esgotamento dos recursos das instâncias ordinárias.

Seguindo o entendimento favorável à execução provisória da pena, o Min. Alexandre de Moraes, ressaltou em seu voto a situação de que o entendimento da Suprema Corte foi predominantemente favorável à essa execução durante maior parte dos anos posteriores à promulgação da Constituição de 1988:

É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ BRASIL, **Súmula 267/STF FACHI; EDSON**, (2019, p. 1;2)

<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>

Acesso em: 11 jan. 2020.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 11 jan. 2020.

majoritário em 22 anos e 6 meses. Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje.¹⁴⁰

Continuando o seu voto, o Ministro salientou ainda que, sendo observado legalmente os princípios processuais penais e, ainda assim, for confirmada a culpabilidade do réu no juízo a quo e em segunda instância, a execução da pena após acórdão é meio idôneo para a eficácia da tutela jurisdicional:

(...) a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – princípio da presunção da inocência – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da presunção de inocência tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena. Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da presunção de inocência no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de competências recursais restritas e sem efeito suspensivo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.¹⁴¹

O ministro Luís Roberto Barroso, com maestria, de forma oral, deixou claro que a própria Constituição Federal traz ponderação entre a execução da pena e a presunção de inocência, apontando que o pressuposto da execução da pena é a ordem escrita e fundamentada. Segue o ilustre ministro mencionando que:

O que se exige é ordem escrita da autoridade competente. Portanto, veja-se o que diz o art. 5º, inc. LXVII da Constituição: "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;" E diz o inciso LXI: "LXI -

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes, 2019, p.8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf>> Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁴¹ Idem.

ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)" Portanto, um diz que "ninguém será considerado culpado", e o outro diz "ninguém será preso". Logo, o pressuposto para a decretação da prisão do sistema constitucional brasileiro não é o esgotamento dos recursos com o trânsito em julgado; o pressuposto é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. O que a Constituição diz é que prisão é uma matéria de reserva de jurisdição.¹⁴²

Aponta ainda que o próprio sistema processual penal adotado, admite a prisão sem condenação de maneira excepcionalíssima a restrição da liberdade sem o esgotamento de todas as instâncias:

Só o Poder Judiciário, salvo exceções especialíssimas, é que pode decretar a prisão. Tanto é assim que o sistema admite as prisões processuais sem trânsito em julgado, aliás, sem julgamento nenhum. Pode-se prender antes do julgamento de primeiro grau. Tem prisão cautelar e tem prisão preventiva. E tem prisão para fins de extradição, prisão para fins de deportação. Nenhuma delas exige trânsito em julgado. Nenhuma delas exige sequer decisão condenatória de primeiro grau.¹⁴³

É importante mencionar que o fato de a presunção de inocência ser um princípio que deve observar a ponderação com outros valores e mandamentos constitucionais e não se portar como uma regra que se aplica em sua totalidade em detrimento de outra norma, excluindo a sua incidência. Com isso, após a condenação em segundo grau, não se há mais dúvida acerca da culpabilidade do réu e da materialidade do crime, retirando o peso do princípio da presunção da inocência face à efetividade do sistema penal e da ordem pública, por exemplo¹⁴⁴.

Com o fim de destacar o papel do Poder Judiciário na interpretação da norma , a Ministra Rosa Weber¹⁴⁵, por sua vez, pontuou que em cenários onde a democracia é colocada em discussão devido a divisões culturais e pluralidades, compete ao Poder Judiciário interpretar a legislação assegurando a supremacia da própria constituição, tornando a decisão segura e visando o melhor para o povo.

¹⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Luiz Roberto Barroso, 2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Luiz Roberto Barroso, 2019. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁴⁵BRASIL. **HC 152.752**. Rosa Weber. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020

Com relação ao princípio da presunção de inocência, a Ministra destacou que a execução da pena após a decisão em segundo grau não fere a presunção de inocência ou da não culpabilidade, sendo assim viabilizada, assim segue afirmando que:

A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em habeas corpus, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária – que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros habeas corpus.”

(...) Reitero, ademais, que a jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao afastar os argumentos de *reformatio in pejus*, de retroatividade desfavorável ao paciente e/ou de violação ao postulado constitucional da presunção de inocência, ratificou a viabilidade da execução dita provisória da pena¹⁴⁶.

O Ministro Luiz Fux¹⁴⁷ pontuou no mesmo sentido do Min. Luiz Roberto Barroso, que o princípio da presunção de inocência necessita ser harmonizado com as demais normas e princípios previstos na constituição, visto que não se trata de uma regra, sendo possível a prisão anterior ao trânsito em julgado, após decisão de autoridade judicial competente e que esteja devidamente fundamentada:

“O princípio da presunção de inocência, encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente. Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”¹⁴⁸.

Dessa forma, justificou em seu voto que a presunção de inocência do réu não proíbe a execução da pena após voto do colegiado do Poder judiciário, desde que fundamentada.

Assim, expressa que a prisão após a decretação de uma autoridade judiciária competente é mais robusta e fundamentada que a própria autorização da prisão em flagrante e

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752** Luiz Fux.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁴⁸ Idem.

preventiva, pois passaram por maior esmiuçamento do colegiado, bem como o contraditório e ampla defesa da forma mais abrangente possível, esgotando as teses de defesa e acusação durante o trâmite do processo:

“Ademais, o juízo condenatório, uma vez emitido pela autoridade judiciária competente, revela fundamentos muito mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, hipotéticos e que, comparativamente com o juízo de mérito da ação penal realizado por órgão jurisdicional de segundo grau, submetem-se ao contraditório e à ampla defesa em grau muito mais reduzido”¹⁴⁹.

Como derradeiro posicionamento favorável a execução após acórdão condenatório, a Ministra Cármen Lúcia¹⁵⁰, presidente do Supremo Tribunal Federal a época, deu parecer favorável à constitucionalidade da execução da prisão após decisão condenatória em segunda instância, salientando em seu voto que esse entendimento foi durante ampla maioria de tempo passivo na suprema corte, destacando que admitir que o princípio da não culpabilidade impedir a atuação do estado pode gerar impunidade, visto que, após o esaurimento das provas em fase preliminar já garante a culpabilidade do réu, sendo possível sua prisão.

2.4 ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC Nº 152.752

Os votos contra a prisão em segunda instância foram dados pelos ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli – este último que deu o voto de minerva para a decisão¹⁵¹.

Iniciando os entendimentos contrários à constitucionalidade da execução provisória no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes¹⁵² destacou que, após decisões anteriores da casa, essa forma de antecipação passou de uma forma possível para um modalidade automática utilizada em todos os casos, independente da natureza do crime ou sua gravidade:

¹⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752** Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵² Idem.

“Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.”¹⁵³.

Por conseguinte, o Ministro Dias Tofolli declara em seu voto que a antecipação da execução da pena só seria possível com o esgotamento dos recursos no Superior Tribunal de Justiça, onde haveria o trânsito em julgado da culpa do réu, estabelecendo a verdade além de qualquer dúvida do razoável sobre a culpabilidade.

O Ministro Ricardo Lewandowski¹⁵⁴ pontuou em seu voto que o réu deve permanecer em liberdade até o esgotamento de todos os recursos cabíveis na justiça, porquanto a presunção de inocência deve ter eficácia máxima até o trânsito em julgado, de acordo com a Constituição. Percebe-se aqui que há somente uma interpretação literal do dispositivo constitucional, sem levar em consideração a unidade do ordenamento jurídico.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello¹⁵⁵ salientou, como os demais colegas, que a prisão só pode ocorrer ao final do processo, usando como base o dispositivo constitucional onde o réu não será culpado até o trânsito em julgado.

Defendeu ainda que a justiça deve ser mais célere, porém sem relativizar princípios fundamentais, como o princípio da presunção de inocência do réu.

Finalizando os votos contra a execução da pena em segundo grau, o Ministro Celso de Mello¹⁵⁶ reconheceu que a grande quantidade de recursos protelatórios na justiça, porém afirmou que não cabe ao judiciário achar lacunas para reduzi-los, visto que cabe ao legislativo decidir sobre essa temática. Como os demais, também defendeu que o princípio da presunção da inocência impede a prisão antes do trânsito em julgado, pois isso seria uma antecipação da decisão sobre a culpabilidade do réu.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752** Luiz Fux. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152752**. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152752**. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152752**. Celso de Melo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/hc152.752LP.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

Destaca-se no voto do ministro Celso de Mello, que há uma proteção deficiente do Estado em garantir a efetividade da justiça frente a recursos que em sua grande maioria são meramente protelatórios. Tal comportamento coloca em xeque junto a sociedade a credibilidade da justiça brasileira, por violação celeridade processual, proporcionalidade, segurança e o próprio Estado Democrático de Direito que tem o dever de resguardo dos bens jurídicos mais importantes.

2.5 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO NA ESFERA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 institui, no bojo de seu artigo 5, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵⁷. De plano percebe-se que o dispositivo constitucional se dedica ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sendo já retromencionado.

Sob a luz da ventilada previsão normativa, fixou entendimento em âmbito nacional, que a culpabilidade do autor de um a infração penal só estaria provada com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, exigindo-se assim o transcorrer de todas as instâncias, sejam elas ordinárias ou extraordinárias¹⁵⁸. Tal entendimento fere de morte a efetividade da justiça e proporcionalidade a ser observada no âmbito criminal.

Nesse diapasão, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP¹⁵⁹ reacendeu a discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência.

Em uma breve análise nos ordenamentos jurídicos em âmbito internacional, o que engloba os sistemas de proteção aos direitos humanos e o posicionamento adotado pela maioria dos países democráticos, conforme acima demonstrado, não há necessidade ou

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹⁵⁸ PAULINO, Galtênio da Cruz **Artigo Científico** 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia/at_download/file+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15dez. 2019.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 126.292/SP**, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, Dje-100. Divulg. 16.mai.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

obrigatoriedade da exigência do trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para a execução da decisão condenatória em segunda instância. Nessa ótica racional e acertada, busca-se um equilíbrio entre o direito de liberdade do acusado condenado por um órgão colegiado de segunda instância e o direito da sociedade à segurança pública e justiça¹⁶⁰.

Com relação a perspectiva de equilíbrio de forças na persecução penal, adotada no referido julgado do Supremo Tribunal Federal, o professor Antônio Scarance¹⁶¹ em seus estudos entende que não há um “antagonismo entre garantismo e eficiência”.

O processo penal nesse prisma deve ser visualizado como uma ferramenta que garanta ao Estado uma eficiente persecução criminal e ao acusado instrumento para exercer sua defesa de maneira eficiente em consonância com o arcabouço processual¹⁶².

Em suma, não haverá processo penal eficiente sem garantismo, bem como não há garantismo sem um processo eficiente. Deve-se impedir um contexto de hipergarantismo ou mesmo de excesso de repressão¹⁶³.

Fernandes, com relação a eficiência do processo penal leciona que:

trabalhamos com a ideia de que é eficiente o processo composto por procedimento que assegure aos três sujeitos que nele atuam condições para agirem em consonância com as suas missões específicas e, ainda, às partes, os meios para defenderem seus direitos e fazerem respeitar suas garantias. A maior ou menor eficácia do processo dependerá de como ele, concretamente, assegurou tudo isso aos sujeitos que nele atuaram. A análise da efetividade vai além¹⁶⁴.

Diante disso, extrai-se a compreensão de que o que se espera de um processo penal constitucional é a busca de seus objetivos, quais seja, a realização da justiça, o resguardo do bem comum, e a pacificação social¹⁶⁵.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 126.292/SP**, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, *Dje*-100. Divulg. 16.mai.2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁶¹FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁶⁵ Idem.

Nessa linha de entendimento, afirma o doutrinador¹⁶⁶ que “o escopo meta jurídico de fazer justiça significa alcançar o equilíbrio entre dois valores que lhe são inerentes, quais sejam, garantir a paz social pela punição das infrações cometidas e o de assegurar de maneira geral aos indivíduos a sua liberdade individual”.

Sob o enfoque garantista do direito penal, busca-se não apenas validar o direito de punir, mas condicionar e atrelar o caráter absoluto deste poder. Deslegitima-se o caráter absoluto do poder punitivo estatal¹⁶⁷.

Para Luigi Ferrajoli¹⁶⁸, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade necessita ser emoldurado como um “princípio fundamental de civilidade”, constituído na ligação entre a liberdade e a segurança dos cidadãos. Ferrajoli afirma ainda que:

(..) a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado e direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo¹⁶⁹.

A conjectura do garantismo, quando de seu nascimento, foi construído sob a luz do Estado Liberal, onde se dava ênfase aos direitos humanos de primeira geração quais sejam, a vida, a igualdade perante a lei, a propriedade privada entre outros direitos¹⁷⁰.

No campo processual penal, o princípio da não culpabilidade direcionou-se para o aspecto negativo da atuação estatal, ou seja, a garantia dos direitos individuais do acusado em face da atuação do Estado. Com o advento posterior do Estado Social, outros direitos, para além dos direitos individuais, passaram de igual forma a ter relevo, como os direitos sociais e coletivos¹⁷¹.

Nesse cenário, onde se está lidando com bens jurídicos caros dos indivíduos que vivem em coletividade, o garantismo foi obrigado a passar por uma releitura à luz do Estado

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷⁰ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. - Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.p.62.

¹⁷¹ Idem.

Social e Democrático de Direito, trazendo-se um equilíbrio de valores constitucionais entre a pretensão punitiva da sociedade e o direito de liberdade do indivíduo.

Ainda nesse sentido, importantes são as palavras de Douglas Fischer com relação a eficaz proteção constitucional, nos ensina que:

Os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como direitos de defesa frente ao Estado, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhe são dirigidos por quaisquer pessoas, cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional¹⁷².

Abraçando a mesma conjuntura de raciocínio, Rodrigo de Grandis em sua doutrina afirma que:

(...) em um processo penal forjado sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito, dois valores igualmente irrenunciáveis devem merecer ponderação por parte da autoridade judiciária: (i) a pretensão punitiva da sociedade e (ii) o direito de liberdade do indivíduo¹⁷³.

Nesse diapasão, o processo penal e o direito penal precisam se guiar sobre uma visão garantista integral, levando em conta todos os valores intrínsecos aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e não apenas pelos direitos individuais fundamentais, que se baseia visão monocular tida como fragmentação do garantismo¹⁷⁴. A doutrina ensina que o garantismo integral que é o que emana do Estado Democrático de Direito, externa duas acepções, sendo elas, uma positiva e a outra negativa.

Na primeira acepção, qual seja, a positiva, surge a obrigação do Estado, inerente ao dever de proteção, de restringir, quando necessário, os direitos fundamentais individuais do cidadão¹⁷⁵.

¹⁷² FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4299>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁷³ DE GRANDIS, Rodrigo. Prisões Processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. - Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.p.390.

¹⁷⁴ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. - Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.p.69.

¹⁷⁵ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral**. questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p.74.

É no âmbito dessa definição que se localizam os deveres de eficiência e efetividade do processo penal, onde se deve procurar a efetiva punição dos violadores da ordem penal, tendendo a resguardar os direitos da sociedade em um ordenamento com justeza, bem como devidamente seguro (direito coletivo de segurança)¹⁷⁶.

Já em relação a definição negativa do garantismo, este traça à obrigação do Estado em observar, respeitar e garantir os direitos individuais do processado, o que engloba o direito de liberdade, encontrando limite com a manifestação da culpabilidade daquele, e o direito a um processo justo, com observância do contraditório e da ampla defesa¹⁷⁷.

Por conseguinte, a deliberação proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292-SP¹⁷⁸ se adéqua a uma expectativa garantista integral, onde garante a liberdade do processado pela observância de um devido processo, onde a presunção de inocência só será mitigada pela comprovação da culpabilidade, por meio da indiscutibilidade fática e probatória do fato típico, que desenrolou nas instâncias ordinárias¹⁷⁹.

É importante consignar que garantismo não deve ser compreendido com impunidade, pelo contrário, deve-se o hermeneuta observar as balizas dispostas no ordenamento jurídico, como a ponderação, para a sua aferição. Nesse sentido a doutrina informa que:

Garantismo não é sinônimo de impunidade. Não se pode significar deslealdade processual nem absolvição a qualquer custo. Combate-se com veemência o abuso do poder de punir do Estado e repete-se o erro com o abuso do direito de defesa, tentando-se criar nulidades inconsistentes, utilizando-se de manobras claramente procrastinatórias ou alegando-se prejuízo para a defesa sem comprovação efetiva alguma.¹⁸⁰

É de grande valia também discorrer sobre outro importante aspecto a justificar a correção da questionada decisão de não execução da pena em segunda instância, sendo está

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292 / SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 17/02/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Dje-100 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 15 dez. 2019

¹⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. **Garantismo**: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

¹⁸⁰ BEDE JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. Garantismo e (des)lealdade processual. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. - Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.p.121.

relacionada a maneira de como os Tribunais deve dar a interpretação dos direitos fundamentais consagrados.

A interpretação de direitos deve pautar não apenas como uma proibição de intervenção estatal, mas de igual forma, apresenta-se como um postulado de proteção. Além disso, nenhum direito fundamental deve ser interpretado de maneira absoluta, especialmente quando há atrito com diversos direitos fundamentais¹⁸¹.

Diante do exposto, discorre-se que os direitos fundamentais consagrados no ordenamento devem ser interpretados em consonância com o princípio da proporcionalidade em seu duplo viés, qual seja, o positivo e o negativo. No viés positivo, necessária se faz a observância da proibição de proteção deficiente, presente em decisões não dotadas de efetividade.

Por sua vez, o aspecto negativo está relacionado a proibição de excessos, que determina o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nessa acepção, pontua Gilmar Mendes:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros¹⁸².

Assegura ainda o aludido autor que:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*)¹⁸³.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica, Brasília**, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em:

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>> Acesso em: 15dez. 2019.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

Os mandados constitucionais e legais de criminalização também denominado como crimes constitucionais, impõem o cumprimento do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente¹⁸⁴.

Foi sob essa perspectiva de equilíbrio entre direitos do condenado e justiça que o HC n. 126.292-SP¹⁸⁵ decidiu pela possibilidade no caso concreto de ocorrer a execução da pena já em segunda instância, sem o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias.

A posição adotada pelo Pretório Excelsior no referido acórdão se coaduna com o sentido integral do garantismo, que impõe a necessidade de proporcionalidade entre os direitos e garantias fundamentais, e não a sua aplicação de forma absoluta desarrazoada em relação aos demais direitos fundamentais de igual valor constitucional.

Nesse sentido, com maestria é o entendimento de Magalhães, onde traz ainda o autor a responsabilidade da liberdade vinculada aos valores comunitários, e segue dizendo que:

(..) os direitos fundamentais ascenderam politicamente nos fins do século XVIII, com o advento das revoluções liberais nos EUA e na França. Daí porque apareceram no cenário jurídico como esferas impenetráveis de autonomia individual. Modernamente, as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais. Portanto, correta é a visão oriunda da doutrina portuguesa segundo a qual a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autor responsabilidade na atuação econômica e social. Por isso, também nestes campos os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários, tendo, ao revés, o dever de guardá-los¹⁸⁶.

Neste prisma, o garantismo penal integral para além de proteger os direitos fundamentais individuais, impõe também a proteção dos direitos coletivos e sociais, através de uma concepção sistêmica e integral da Constituição¹⁸⁷.

Precisa-se impedir que haja desproporcionalidade quando da aplicação dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, os direitos sociais e coletivos devem ser protegidos com a

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>> Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292 / SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 17/02/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Dje-100 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁸⁶ MAGALHÃES. Vlamir Costa. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁸⁷ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4299>> Acesso em 15. dez. 2019.

mesmo rigor que resguarda os direitos do indivíduo, em decorrência do ordenamento constitucional.

Essa concepção de garantismo integral nasceu com a perspectiva atual de Estado, denominada de Estado Social e Democrático de Direito, superando-se a definição individualista do Estado Liberal, por meio da qual o garantismo preocupava-se apenas com os direitos do acusado, margeando ao esquecimento os direitos da sociedade, em especial o direito de segurança¹⁸⁸.

Nesta senda, assegura o autor que:

A execução provisória da pena, sob o enfoque do garantismo integral, não viola o princípio da presunção de inocência, ante a necessidade de os direitos e garantias fundamentais serem interpretados em consonância com o princípio da proporcionalidade (em seu duplo viés), o princípio da proibição da proteção deficiente, mandados internacionais de criminalização, bem como a necessidade de serem observados e garantidos os direitos da sociedade em uma situação de equilíbrio com os direitos individuais do acusado.¹⁸⁹

Consequentemente, existindo aparente conflito entre direitos fundamentais, como é o caso da temática da execução provisória da pena, direito à liberdade (presunção de inocência) do acusado frente ao direito de segurança da sociedade (efetividade do processo penal), deve-se adotar a posição que melhor respeite o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito¹⁹⁰.

Com o equilíbrio adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292-SP, consignou direito à liberdade do acusado com base na presunção de inocência, ao exigir a confirmação da sentença condenatória pelo respectivo Tribunal de Apelação, e de igual modo resguardou o direito de segurança da sociedade, essencial à efetividade do processo penal, impedindo-se assim infundáveis recursos protelatórios da defesa violadores da boa-fé processual, com o intuito de postergar o máximo possível o cumprimento da pena imposta embasada nas garantias processuais.¹⁹¹

¹⁸⁸ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp010363.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 126.292/SP**, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. *Dje*-100. Divulg. 16.mai.2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em:

O problema maior de se impor o esgotamento do trânsito em julgado das instâncias extraordinárias, caso não houver recurso do Ministério Público, é a incidência da prescrição da pretensão executória, uma vez que a jurisprudência dos Tribunais, e em especial a do Superior Tribunal de Justiça¹⁹², propugna que, transitada em julgada a decisão para a acusação, ter-se-á o início do prazo prescricional, que transcorrerá e extinguirá a punibilidade.

Frequentemente, a depender do número de recursos interpostos, como por exemplo, os embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração, entre inúmeros outros, objetivando evitar o trânsito em julgado, advirá inevitavelmente a incidência da prescrição onde o cumprimento da pena sequer tenha iniciado¹⁹³ ocasionando uma sensação de insegurança e ineficácia da justiça para aqueles que tiveram os seus bens jurídicos violados e para a sociedade que passa a ter um ascendente descrédito no Judiciário.

Nessa linha, o cumprimento da pena privativas de liberdade após acórdão condenatório, ainda que tendo recursos extraordinários pendentes de julgamento, não infringe o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, de forma que os princípios emanados da Constituição deverá necessariamente ser interpretada de forma ponderada com os demais direitos fundamentais possivelmente em conflito, observando-se sempre o núcleo essencial dos direitos envolvidos, não suprimindo nenhum deles por completo em face dos outros¹⁹⁴.

Não é demais destacar que em sede de recurso extraordinário e especial não é meio idôneo a se discutir a culpa ou a inocência do acusado, bem como os próprios fatos já destrinchados no juízo a quo e em segunda instância. É na esfera das instâncias ordinárias que se exaure essa análise¹⁹⁵.

Igualmente, o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência está vinculado à garantia do duplo grau de jurisdição, referente às instâncias ordinárias, em consequência da devolutividade restringida dos recursos extraordinários. O juízo de

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em 15 dez. 2019.

¹⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp 222566**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ BRASIL. STF. **HC n. 126.292/SP**, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. *Dje*-100. Divulg. 16.mai.2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em 15 dez. 2019.

incriminação do acusado não passa pelo crivo das instâncias extraordinárias, dotadas, repita-se, de cognição limitada, referente apenas as questões de afronta constitucional¹⁹⁶.

O ministro Teori Zavascki¹⁹⁷, no julgamento do questionado habeas corpus 126.292, pontuou, de maneira brilhante, a não violação do princípio da presunção de inocência após o findar das instâncias ordinárias, afirmando que:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. O sentenciado de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para a condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e as provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal. [...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao exame da matéria fática probatória [...]¹⁹⁸.

Diante disso, fica evidente mais uma vez que é nas instâncias ordinárias que se consolida o princípio do duplo grau de jurisdição. Como o princípio da presunção de inocência apresenta relação com o duplo grau de jurisdição e demais princípios processuais, a execução da decisão penal condenatória após o trânsito em julgado da esfera ordinária não viola o referido princípio, visto que o duplo grau de jurisdição foi respeitado¹⁹⁹.

Seguindo o mesmo entendimento, a Lei Complementar n. 64, de 1990²⁰⁰ desde 2010, a partir da nova redação do artigo 1º, inciso I, estabelecida pela Lei Complementar 135, de 2010, admite-se como causa de inelegibilidade a sentença condenatória por crimes nela relacionados quando prolatada por órgão colegiado, não impondo o trânsito em julgado da decisão. Em nenhum momento externou-se entendimento de que a referida previsão normativa fere o princípio da presunção de inocência.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Enfim, no âmbito processual, nada impediria para que a execução da condenação após o finalizar das instâncias ordinárias pudesse iniciar, ainda que pendente de recursos extraordinários, pois estes recursos, mesmo antes do advento do novo Código de Processo Civil, que revogou os artigos 26 a 29 da Lei n. 8.038, de 1990²⁰¹, não possuem efeito suspensivo, o que impõe, por conseguinte, a execução imediata da decisão colegiada a depender do caso em concreto.

Ademais, como já afirmado anteriormente, a impetração de recursos extraordinários e especial não tem desígnio para a rediscussão da matéria fática bem como a de não focar em discutir interesses meramente individuais, mas apenas as matérias de direito que tenha repercussão geral, como enfatiza o Ministro Teori Zavascki, “por finalidade específica de examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, destinam-se, precipuamente, à preservação do sistema normativo”²⁰².

Entendendo a defesa do acusado de que a execução da pena já em segunda instância frontalmente fere o seu direito de liberdade, bem como sua presunção de não culpabilidade ou da inocência, ou outros direitos processuais, poderá se utilizar de mecanismos jurídicos eficazes existentes no ordenamento, como, por exemplo, medidas cautelares para atribuir efeito suspensivo à decisão condenatória, ou mesmo se valer do *habeas corpus* para suspender a decisão. O *habeas corpus* possibilita, inclusive, que o acusado adentre novamente no mérito fático e probatório da demanda, o que não pode ocorrer no bojo dos recursos especial ou extraordinários²⁰³.

Tecendo argumentos quanto a não admissão a execução imediata da decisão penal condenatória que se sujeita aos recursos extraordinários e especial, afirma o ministro Sydney Sanches:

Aliás, se é possível, no sistema penal brasileiro, prisão de caráter cautelar durante a instrução do processo penal, ou seja, antes mesmo da sentença condenatória, não me parece compreensível que se possa impedir a prisão, depois da condenação, mesmo ainda não transitada em julgado.

²⁰¹ BRASIL. Lei Nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292/SP, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. Dje-100. Divulg. 16 maio 2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72)

[jurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72)>. Acesso em: 11 jan. 2019.

²⁰³ Idem.

A prevalecer a tese sustentada pela impetração, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação em 1º e 2º graus, o que tornaria inócuas as normas sobre o efeito não suspensivo dos Recursos Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal. Normas que não são inconstitucionais, nem foram revogadas pela Constituição²⁰⁴.

Diversos aspectos processuais a ser levado em consideração é a exigência da demonstração da repercussão geral nos recursos extraordinários. Essa requisito, como regra, não é latente nos ventilados recursos quando há somente argumentos de cunho meramente individuais do acusado, em especial a alegação de inocência, o que robustece o entendimento de não afronta ao artigo 5, inciso LVII, ao se executar a decisão condenatória já em segunda instância.

Com relação a condutas protelatórias e a impunidade, o a época juiz Sérgio Moro em entrevista ao site de notícias Jota, diz que:

(...) fecha uma grande janela de impunidade. Fechando essa janela de impunidade, pode haver um recado mais geral de que o sistema está mudando, e que a impunidade não será mais uma regra [...]. Eu acho que, na medida em que o foco do processo se deslocar mais para o mérito do que para medidas protelatórias, há um ganho, não só para o processo, como para a sociedade em geral. A sociedade quer que o processo funcione [...]²⁰⁵.

Por fim, é descabida a argumentação de que, segundo os direitos consagrados na Constituição Federal, mais precisamente em decorrência da presunção de inocência, a pena só seria cumprida após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Como já retromencionado, a Constituição Federal traz ponderação expressa entre a execução da pena e a presunção de inocência. Ainda mais que o próprio sistema processual penal vigente admite a prisão sem condenação de forma excepcional a restrição da liberdade sem o esgotamento de todas as instâncias, bem como até sem determinação judicial.²⁰⁶

É oportuno também lançar mão dos ensinamento de Luiza Cristina, Mônica Nicida e Fábio Gusman, onde destacam que “esse argumento é afastado pelo fato de que nenhuma

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 72.366-7/SP**, rel. min. Nery da Silveira, decisão 13.9.1995, publicada *DJ* 26 nov. 1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

²⁰⁵ Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/moro-elogia-decisao-do-stf-essa-janela-de-impunidade-foi-fechada>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Luiz Roberto Barroso, 2019. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em 11 jan. 2020.

decisão condenatória satisfaz a disposição expressa do inciso LVII do artigo 5º²⁰⁷, pois, a qualquer momento, uma decisão condenatória pode ser atacada em seu mérito pelo condenado por um *habeas corpus* ou mesmo por uma revisão criminal, tornando todas as execuções penais, em verdade, provisórias²⁰⁸.

Aguçam ainda os aludidos autores que:

Evidentemente, a exigência de trânsito em julgado deve ser interpretada de acordo com outras normas constitucionais e admite graus de abrangência. Interpretá-la de modo absoluto importaria em que “ninguém mais seria preso”, mas não no sentido apelativo da expressão, mas sim no sentido técnico jurídico uma vez que nenhuma decisão é absolutamente imutável, pois existem as hipóteses de revisão criminal e mesmo de *habeas corpus* com caráter revisional, que são admitidas pela jurisprudência²⁰⁹.

Consequentemente, busca-se, com a nova decisão do Supremo Tribunal Federal, com intuito de harmonizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da jurisdição do Estado e equilíbrio com os direitos da sociedade, fazendo com que a pena imposta atinja seus fins imediatos, retributivo, de prevenção geral e especial, e desestimulador da prática delituosa.

Há de se levar em consideração de que tornar como absoluta a não execução de pena após acórdão condenatório em segunda instância somente pelo fato de haver impetrado recurso, é fomentar a ineficácia do sistema processual brasileiro, por meio de infundáveis e sucessíveis recursos que garantirá sem dúvidas a prescrição da pena e a perda do direito de punir do Estado.

Nesse sentido, a doutrina expõe que:

Diante da previsão legal da grande quantidade de recursos vistos acima, é de se questionar se realmente existe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Afinal, entende-se por “trânsito em julgado”, o esgotamento dos recursos contra uma determinada decisão.(...)
Ocorre que, diante da sistemática recursal brasileira aliada à interpretação atual, admitindo seguidos embargos de declaração e agravos regimentais, existe, como se

²⁰⁷ Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

²⁰⁸ Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

²⁰⁹ Idem.

viu, a possibilidade de protelar infinitamente o trânsito em julgado da decisão questionada para obter a prescrição intercorrente ou executória. Exemplo recente desse “veio protelatório do final das demandas”, a garantir verdadeira impunidade em casos graves, é o processo do jogador de futebol Edmundo Alves de Souza Neto.²¹⁰

Percebendo o descrédito do sistema processual, e os ascendentes casos de recursos protelatórios com o fim da busca por impunidade com o não trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela imediata execução da pena, desconsiderando a o transcorrer do trânsito em julgado, como nos agravo de instrumento AI 843289 AgR-ED / PB²¹¹ e RE 1038992 ED-A GR-ED / RS^{212 213}.

Assim, não é idôneo afirmar que viola o princípio da não culpabilidade a execução da pena após condenação em segunda instância por não haver ocorrido o trânsito em julgado da ação penal. Percebe-se que há limitações a ser consideradas pelo julgador, como o abuso de direito de recorrer conforme anteriormente mencionado, bem como, conforme aponta a doutrina, a tutela jurisdicional efetiva e célere, a segurança cidadã e os direitos fundamentais que foram violados pelo acusado.²¹⁴

CAPÍTULO III

3 O GARANTISMO PENAL E A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No derradeiro momento, busca-se analisar a proposta de um sistema garantista idealizado pelo italiano Luigi Ferrajoli e seus axiomas fundamentais que norteará a atuação estatal, onde percorrerá a forma com que foi fragmentado o sistema proposto, pós

²¹⁰ Barbagalo, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro – Brasília : TJDFT, 2015.p.103 e 104.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 843289 AgR-ED / PB**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28843289%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y82q9z5p>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1038992 ED-A GR-ED / RS**. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748084270>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²¹³ No mesmo sentido: AO 1.046-ED, Rel. Min. Joaquim; RMS 23.841-AgR-ED-ED, Rel. Min. Eros Grau; AI 766.427 AgR-ED-ED-AgR-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma; AI 667.887 AgR-AgR-ED, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma.

²¹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.191

promulgação da Constituição de 1988. Mais adiante, trataremos do Garantismo Hiperbólico Monocular, também denominado de Garantismo à brasileira que é a fragmentação ou desvirtuamento do Sistema Garantista de Ferrajoli.

Abordaremos a releitura do sistema garantista proposta por Douglas Fischer sendo esse nominado como Garantismo Penal integral, mais ideal para preservar a unidade do ordenamento jurídico e concluiremos com a incidência da proporcionalidade no âmbito penal com abordagem ao seu duplo viés.

3.1 DEFINIÇÃO DE GARANTISMO PENAL SEGUNDO FERRAJOLI

O Garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli na Itália por volta dos anos 70, expressa a sua leitura acerca do momento histórico vivenciado na época²¹⁵. É notável e acertadamente confirmado pelo autor que os pilares garantistas são frutos do movimento iluminista, bem como do liberalismo.

Segundo Rodrigues, delimita este movimento como uma forma de limitação do poder punitivo do Estado com o fim de garantir sob os aspectos políticos os direitos fundamentais do cidadão, e ainda como meio de reduzir a violência e abusos da intervenção do Estado, que dever ser mínima, e sob os aspectos políticos ampliar as liberdades individuais dos cidadãos²¹⁶.

O Garantismo²¹⁷ proposto por Ferrajoli pode ser entendido sob três aspectos²¹⁸ bem delineados que se relacionam. Em uma primeira aproximação, pode ser entendido como “modelo normativo de direito baseado a estrita legalidade”; em um segundo significado, como uma “teoria jurídica que relaciona-se a “validade” e da “efetividade da norma”; por último, pode ser encarado como uma “filosofia política que requer o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela constitui a finalidade”.

²¹⁵ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o Garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²¹⁶ RODRIGUES, Cristiano. **Manual de Direito Penal**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 08.

²¹⁷ Para Novelli (2014, p. 120): “Assim, o Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos”.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzir Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flavio. **Direito e Razão** (trad.). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.684 a 686.

Em se tratando de uma teoria jurídica, o autor traz à baila a diferenciação dos termos “validade e efetividade”, sendo que em suma, mantêm-se separados o “ser” e o “dever ser”. Nesse contexto, o autor propõe um jus positivismo crítico. Como filosofia política, “o garantismo pressupõe a doutrina laica de separação entre direito e moral, entre validade e justiça”²¹⁹.

Ferrajoli²²⁰ designa “Garantismo” precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, como modelo normativo de direito, assim o descreve como:

o modelo de "estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente

O sistema proposto por Ferrajoli busca a justificativa moral do Sistema Garantista - Sistema SG” nas revoluções. Segundo GILBERTO CALLADO DE OLIVEIRA:

[importa] é destacar que a Revolução fez triunfar ‘os direitos do homem’ e que as crenças metafísicas do Antigo Regime, mesmo afogadas no sangue de incontáveis vítimas, pertencem a um passado completamente extinto (...). O garantismo iluminista é fruto imediato da caligrafia ideológica do uso alternativo do direito, com ressaibo na Revolução Cultural gramsciana. Uma Revolução que representa a síntese final ou o coroamento de correntes intelectuais de afinidade metafísica ... [com uma] visão marxista do homem e da história²²¹.

Todavia, como bem pontua Ferrajoli em sua obra, o princípio norteador de todo o sistema de garantias seria baseado no princípio da legalidade estrita, que de forma concatenada todos os outros que derivam dele. Podemos então afirmar que o Garantismo como modelo normativo é compatível com o Estado de direito, e mais além, pode ser definido como sinônimo deste²²².

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzir Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flavio. **Direito e Razão**. (trad.). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.684.

²²⁰ Idem.

²²¹ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e Barbárie** – A face oculta do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.p. 99-100.

²²² FERRAJOLI, Luigi. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzir Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flavio. **Direito e Razão**. (trad.). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Desta feita, o Garantismo pode ser entendido como uma forma de assegurar a liberdade dos cidadãos frente aos arbítrios do Estado, compondo, pois, uma convivência equilibrada sem abusos²²³.

Com relação a aplicação no caso concreto do garantismo, Menezes e Guimarães²²⁴ em seus estudos no mostra que é evidente que o modelo normativo, como assim podemos entender, claramente não consegue ser aplicado hodiernamente em sua totalidade, seja pelo “desvirtuamento” de seus postulados, seja pela ausência de um Estado de Direito compatível.

Sobre o desvirtuamento na aplicação do garantismo, ou a aplicação incompleta, Vicente nos ensina que:

O equívoco, em verdade, não está na defesa do garantismo penal, mas em concebê-lo de maneira incompleta. Adotado um modelo de Estado fundado na democracia, na redução das desigualdades e que possua como um dos seus princípios basilares a proporcionalidade, a projeção dessas opções políticas pelo constituinte acarretará em aceitarmos uma dupla concepção de garantismo: de um lado um garantismo negativo, que se consubstancia na proteção contra os excessos praticados pelo Estado e, de outro, um garantismo positivo, que impõe ao mesmo Estado atuar na proteção de determinados interesses.

O ideal é que o legislador ordinário, utilizando como parâmetro indispensável a Constituição Federal, movimente-se na área existente entre o garantismo negativo e o garantismo positivo. Somente assim é que teremos a proteção dos bens jurídicos mais relevantes ao indivíduo e à sociedade, sem a necessidade de abrirmos mão de garantias historicamente conquistadas.²²⁵

De maneira sucinta percebe-se que o garantismo penal proposto por Ferrajoli é aplicado doutrinariamente e juridicamente de maneira desvirtuada sem levar em consideração outros postulados e princípios no ordenamento jurídico de igual importância. Diante disso faz-se necessário em *prima facie* a análise de fato do sistema garantista proposto por Ferrajoli e a posteriori a sua aplicação distorcida do garantismo integral.

3.2 O SISTEMA GARANTISTA ELABORADO POR FERRAJOLI COMO LIMITADOR DO IUS PUNIENDI ESTATAL

²²³ Idem.

²²⁴ MENEZES, Gabriella Mendes. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O Garantismo Penal Integral no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/download/61/pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²²⁵ VICENTE, Juliano Augusto Dessimoni. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo: ESMP. 2012. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-ESMP-SP_n.10.pdf.p.93>. Acesso em: 25 fev. 2020.

Dentre as garantias limitadoras do poder estatal, Luigi Ferrajoli²²⁶ estrutura as garantias em duas classes, as primárias - que são as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos - e as garantias secundárias que enunciam as condições formais sobre como decidir.

Essas garantias, positivadas nas Constituições dos Estados modernos, constituem a sustentação do constitucionalismo rígido, modelo de direito e de sistema político, assentado, na segunda metade do século XX nas democracias avançadas e caracterizado pela sujeição de todos os poderes à lei²²⁷.

Percebemos que com a reunião dos três significados de garantismo proposto por Ferrajoli anteriormente, verifica-se que a Teoria Geral do Garantismo, traçada pelo italiano, delinea-se, considerando os seguintes elementos:

o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes²²⁸.

Para Luigi Ferrajoli, “o garantismo é a conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito”²²⁹.

Este, não corresponde simplesmente a um Estado regulado pelas leis, mas, um modelo que determina formas e procedimentos dos poderes públicos subordinados à lei, e vinculados aos direitos fundamentais²³⁰. Caracteriza-se:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.788.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.685.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.686.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária²³¹.

Para justificar a importância da aplicação do sistema garantista, Ferrajoli²³² propôs dez premissas ou axiomas fundamentais que sustentam o sistema por ele criado, são eles:

1) *Nullum crimen sine lege*: Trata-se do famoso princípio da legalidade previsto no Art. 5º Inc. XXXIX da CF e no Art. 1º do CP; 2) *Nulla poena sine crimine*: Alguns autores falam no princípio da retributividade, ou seja, as penas são somente consequência da prática de um delito; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: Traduz a ideia do princípio da intervenção mínima e do princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. A lei penal é um meio necessário apenas para a proteção dos bens jurídicos considerados realmente relevantes; 4) *Nulla necessitas sine injuria*: Se refere ao princípio da lesividade ou da ofensividade (princípio da alteridade), pelo qual os tipos penais vinculam-se a condutas ofendam, atinjam, bens jurídicos de alheios, proibindo assim a incriminação de condutas que não excedam a esfera do próprio autor, sentimentos ou condições pessoais, ou ainda condutas que não coloquem sequer em perigo bens jurídicos de terceiros; 5) *Nulla injuria sine actione*: Para que se considere algo como proibido para o Direito Penal deverá haver uma conduta manifestada através de uma ação ou de uma omissão prevista em Lei (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa*: Corolário do Direito Penal moderno, descreve o conhecido princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal subjetiva, através do qual não há crime sem culpa “lato senso” (dolo ou culpa); 7) *Nulla culpa sine iudicio*: Determina a necessidade do devido processo legal através do princípio da jurisdiccionariedade; 8) *Nullum iudicium sine accusatione*: Ainda no plano processual e do devido processo legal, exige a separação entre juiz e acusação no processo penal (princípio acusatório); 9) *Nulla accusatio sine probatione*: Trata-se da presunção de não culpabilidade por conta de se exigir a prova da materialidade e autoria para fundamentar qualquer condenação (princípio do ônus da prova ou da verificação.) e 10) *Nulla probatio sine defensione*: Complementando os principais anteriores, garante a ampla defesa e o direito ao contraditório no processo penal (princípio do contraditório e da ampla defesa)²³³.

Na doutrina de André Stefam, à a tradução dos supracitados axiomas para o vernáculo, de onde retira explicação traçando por vezes, relações com os princípios processuais do ordenamento jurídico pátrio, onde segue:

1) Não há pena sem crime (a pena não pode ser “gratuita”); 2) Não há crime sem lei (princípio da legalidade penal); 3) Não há lei penal sem necessidade (ou seja, a legislação penal deve conter racionalidade); 4) Não há necessidade de punir sem que haja efetiva lesão ou perigo a bens jurídicos (deste axioma decorre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato ou presumido); 5) Não há lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos se não houve conduta (direito penal do fato); 6) Não se pune conduta sem que haja culpabilidade (princípio da culpabilidade); 7)

²³¹ Idem.

²³² FERRAJOLLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e Neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

²³³ FERRAJOLLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e Neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Não se reconhece a culpabilidade sem o devido processo legal; 8) Não há devido processo legal sem acusação formal (sistema processual acusatório); 9) Não há acusação válida se não acompanhada de provas; 10) Não se admitem provas sem que tenha havido defesa (contraditório e ampla defesa).²³⁴

Assim podemos perceber que dos axiomas proposto por Ferrajoli em latim²³⁵, resultam-se nos seguintes princípios garantias:

a) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; b) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; h), princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; i) princípio do ônus da prova ou da verificação; e j) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade²³⁶.

Ademais, todos os axiomas apontados por Ferrajoli²³⁷ foram concebidos ainda nos séculos XVII e XVIII e, no passar dos anos, foram incorporados aos mais diversos diplomas legais mundo afora, sobretudo nas Constituições, exercendo a função de princípios fundamentais e norteadores.

Justamente por frisar a importância de tais princípios, elencando-os na Carta Magna de 1988, tal Constituição é reputada como “garantista” e “cidadã” de forma a irradiar sua carga valorativa a todo ordenamento jurídico, bem como deferindo-lhes aplicação imediata e obrigatória, caráter de cláusula pétrea e por possuir origem nos direitos humanos mundiais²³⁸.

Entretanto, o que comumente se vê na doutrina e na jurisprudência é a aplicação e utilização do garantismo apenas sob a ótica “negativa”, no sentido de o Estado restringir o exercício de seu poder punitivo em razão apenas do princípio garantia da liberdade individual.

Para isso, acaba tornando-se omissa ou agindo de forma deficiente em face de tantos outros indivíduos detentores de direitos igualmente relevantes e garantidos pela Constituição, o que poderia ser chamado de garantismo “hiperbólico-monocular”, termo que será abordado adiante.

²³⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e Neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.91.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Idem

²³⁸ Idem.

3.3 O GARANTISMO “HIPERBÓLICO-MONOCULAR” OU “GARANTISMO À BRASILEIRA”

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, denominada de Constituição Cidadã, marcou o rompimento com o período do regime militar, em que os cidadãos não gozavam de plenos direitos e garantias fundamentais individuais ou coletivos, que atendia a uma agenda autoritária baseada na bipolarização do mundo, onde supostamente tinha por escopo proteger a nação²³⁹.

Com relação a influência em que o período ditatorial impôs aos direitos e garantias das pessoas, Marques nos mostra que:

Inexistem dúvidas a respeito da influência do regime ditatorial vivido num passado próximo no Brasil (1964-1985), no qual muitas garantias e direitos fundamentais sofreram violações por obra de atos abusivos do então estado de exceção, quando foram experimentadas pela população brasileira injustas ações praticadas contra aqueles que, na época, se viram na situação de investigados e processados sem a necessária preocupação com suas garantias fundamentais.²⁴⁰

Foi no transcorrer desse contexto extraordinário que o país viveu que o texto Constitucional de 1988 foi esculpido, fundando uma estrutura de direitos, deveres e garantias fundamentais a ser respeitada pela comunidade e, especialmente pelo Estado, assegurando à igualdade, a liberdade, a privacidade, a propriedade entre tantos outros e a submissão de todos, inclusive dos agentes estatais, ao devido processo legal e aos princípios dele decorrentes²⁴¹.

²³⁹ **SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**. organizador: Daniel de Resende Salgado; Bruno Barros de Assunção e Natália Angélica Chaves Cardoso. Brasília: ESMPU, 2018, p. 8. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pos-graduacao/sistema-de-justica-criminal/@@download/arquivo/Sistema%20de%20Justi%C3%A7a%20Criminal_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁴⁰ MARQUES. Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular E Seus Reflexos No Estado Democrático De Direito**. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 01 mar. 2020.

²⁴¹ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 25 fev. 2020.

Em meio ao natural desenvolvimento das atividades estatais, pós promulgação da Constituição de 1988, o Sistema de Justiça Criminal foi então alvo de uma releitura no âmbito jurídico com os ideais garantistas que surgiram na Europa, tendo como grande expoente desses ideais, o italiano Luigi Ferrajoli.

A concepção garantista inserta na Constituição Federal, passou a ser o filtro quando da produção Legislativa e das decisões por parte do Poder Judiciário, difundindo-se no Direito Criminal.

Sob os ideais garantista, a doutrina e jurisprudência volta-se de maneira errônea, ao máximo, para os direitos e garantias fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou processado criminalmente, valorizando-se quase exclusivamente o viés individual do garantismo, impondo com isso impunidade e uma proteção deficiente a vítima, a coletividade e ao estabelecimento da justiça integral. Diante de tais práticas processuais, Douglas Fischer o cunhou de garantismo hiperbólico monocular²⁴².

Fischer quando evidenciou o garantismo hiperbólico monocular e a sua repercussão, apresentou o seguinte ensinamento:

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.²⁴³

De acordo com Marques, lançando mão dos ensinamentos de Fischer, com relação ao chamado garantismo hiperbólico monocular, conceituou-o como sendo uma:

(...) proteção exagerada e desproporcional ao réu na relação penal processual e está interligado à sensação de impunidade, que supervaloriza os direitos individuais e, ao mesmo tempo, reprime a proteção dos interesses coletivos e sociais, abalando a justiça e deixando a segurança jurídica à margem de dúvidas e instabilidade.²⁴⁴

²⁴² FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 25 fev. 2020.

²⁴³ FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (Integral)?**. Disponível em:

<http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html> Acesso em: 25 fev. 2020.

²⁴⁴ MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular E Seus Reflexos No Estado Democrático De Direito**. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaio>>

Assim, diante dos ensinamentos da doutrina, o denominado garantismo hiperbólico monocular, como o próprio nome já diz, é o garantismo exorbitante e desproporcional com incidência apenas, de forma isolada, a uma parte do processo, ou seja, ele assegura apenas os direitos subjetivos do réu²⁴⁵ processado ou investigado em detrimento dos demais envolvidos direta ou indiretamente na relação processual criminal.

O Hiperbolismo que é o avesso do garantismo, nesse sentido, nada mais é do que a visão monocular, ou melhor parcial, ou mesmo a desconfiguração; distorção da Teoria Garantista proposta por Ferrajoli, que vem prevalecendo nas relações jurídicas, notadamente, nas relações criminais (penais e processuais penais) de todo o Brasil, motivo pelo qual foi denominado também pelos doutrinadores de Garantismo à Brasileira²⁴⁶.

É nesta senda, de distorções e difusões por parte da doutrina e a jurisprudência brasileira do que foi proposto por Ferrajoli em seu sistema garantista, que os estudos de Fischer nos revelam que:

(..) têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época.²⁴⁷

sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 01 mar. 2020.

²⁴⁵ MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira**: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular E Seus Reflexos No Estado Democrático De Direito. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 01 mar. 2020.

²⁴⁶ MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira**: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular E Seus Reflexos No Estado Democrático De Direito. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 01 mar. 2020.

²⁴⁷ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 25 fev. 2020.

Com base nesse ensinamento, podemos tecer considerações de que o Garantismo Hiperbólico Monocular não possui uma compreensão integral de direitos, (em que compreende todos os envolvidos direta ou indiretamente), ampla e democrática das garantistas resguardados em um Estado Democrático de Direito e notadamente na Constituição República de 1988 que expressa o Sistema Garantista Integral desejado pelos constituintes diante da proteção de diversos bens jurídicos.

Devido a essa não observância de proteção, amplia-se de maneira exagerada o dever de proteção dos direitos e garantias do investigado, do processado ou do réu no processo, restringindo-se sobremaneira os direitos e garantias do autor/vítima e, conseqüentemente, não atende de forma eficaz aos interesses da sociedade.²⁴⁸

Nos estudos sobre a Teoria do Garantismo Integral, onde traça que a proteção do infrator da lei não é a única finalidade de amparo da supracitada teoria, bem como a sua não correlação com vantagens e impunidade do infrator, Marques ensina que:

estabelecer imunidade aos cidadãos contra as arbitrariedades estatais, não significa deixar de punir, estabelecer vantagens, atuar de forma desproporcional ou não cumprir o princípio do devido processo legal de forma a violar os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

(...) A proteção ao mais fraco, à parte hipossuficiente, é sem dúvidas umas das finalidades da teoria garantista integral. Porém, não deve ser a única e a mais importante, já que o equilíbrio é essencial nas relações processuais. (...) ²⁴⁹

Por mais que as raízes da Teoria Garantista estava enlaçada em um não fazer estatal, garantido pelos direitos humanos de primeira geração contra os abusos estatais, não é de olvidar que as outras gerações de direitos que a posteriori veio a culminar com o transcorrer da evolução da sociedade, possui o mesmo patamar principiológico que os primeiros, devendo ser assim ponderados quando da aplicação no caso concreto.

Marques repisa ainda que o garantismo hiperbólico em nada acrescenta para a concretização dos deveres fundamentais do ente político, qual seja, por exemplo, o *jus puniend* justo e adequado ao infrator da lei e a pacificação social que decorre do publicidade dos atos do Poder Judiciário que aplica o direito no caso concreto. Assim discorre que:

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ MARQUES. Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral Ao Garantismo À Brasileira: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular e seus reflexos No Estado Democrático De Direito**. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 01 mar. 2020.

O Garantismo Hiperbólico Monocular, presente em diversas relações judiciais, protege apenas e tão somente os direitos fundamentais dos investigados, processados e condenados e não busca, assim, concretizar os deveres fundamentais a serem desempenhados pelo Estado, que não efetiva seu poder punitivo de forma justa e adequada, gerando insegurança para a sociedade, que se distancia gradativamente da pacificação social.²⁵⁰

Diante da evolução social e do direito pátrio, o garantismo deve ser aplicado utilizando-se de uma interpretação sistemática dos princípios, e por isso, de forma integral e não parcial, garantindo as todos os envolvidos direta (as parte do processo) e indiretamente (a família da vítima, a sociedade e a credibilidade da justiça) na relação processual os direitos e garantias a eles intrínsecos.

Nesse sentido, podemos tecer considerações de que os direitos fundamentais não possuem como única finalidade a proibição de intervenção (proibição de excesso), mas também de foram isonômica possui objetivo de vedar a omissão, qual seja, na perspectiva da proibição da proteção deficiente.

Referente a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais, o Supremos Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus 102.087/MG que tratou da legitimidade do porte de arma de fogo desmuniada, trouxe que:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.²⁵¹

Com o fim de demonstrar que a aplicação integral e ampla dos direitos e garantias sem distorções ou exagero é a finalidade do Estado de Direito consagrado na Constituição de 1988, passaremos a análise do garantismo integral como alicerce de concretização do estado democrático de direito.

²⁵⁰ MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral Ao Garantismo À Brasileira**: Ensaios Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular e seus reflexos No Estado Democrático De Direito. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 01 mar. 2020.

²⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 102.087/MG**. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

3.4 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL COMO UM DOS ALICERCES PARA A CONCRETIZAÇÃO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao se reconhecer a característica garantista do sistema constitucional brasileiro e, ao mesmo tempo, criticar uma leitura parcial desarrazoada da teoria aplicada ao Direito Penal e Processual Penal, emerge a proposta do garantismo penal integral, voltado para a concretização de todos os objetivos constitucionalmente previstos, inclusive direitos e garantias individuais e coletivos.

Em um Estado Democrático de Direito, à de se ter uma leitura sistêmica (integral) do conjunto de direitos fundamentais estabelecidos pelo Constituinte que deve permear a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A expressão garantismo penal integral foi cunhada por Fischer, onde o conceitua e estrutura, como segue:

(...) garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles.²⁵²

Os contornos do garantismo penal integral apontam para um Direito Penal e Processual Penal que, sem ignorar e concretizar o importante preceito de proteção subjetiva dos cidadãos contra potenciais arbítrios estatais, é fundamental para que as violações de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, numa dimensão objetiva, recebam o tratamento adequado consistente na responsabilização criminal.

Como já mencionado no tópico anterior, em meados da década de 1960 o Brasil, bem como alguns países da América Latina passaram por um período notadamente caracterizado pela bipolarização do mundo e pela intensa violação aos direitos e garantias fundamentais.

²⁵² FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (Integral)?**. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Nesse contexto, a superação desse estado foi marcada pela redemocratização do país com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos marcos teóricos, sociais e jurídicos²⁵³.

É perceptível, como já destacado, a previsão de uma série de direitos, deveres e garantias fundamentais contidas expressamente ou implicitamente no corpo da Constituição vigente. Isto posto, fez com que surgisse uma gama de manifestações doutrinárias unicamente baseada na finalidade da máxima proteção aos investigados/processados frente aos processos geridos pelo Estado, sem levar em consideração a visão sistêmica do direito.²⁵⁴

De acordo com os ensinamentos de Fischer²⁵⁵, o garantismo integral é um sistema pautado principalmente na dignidade da pessoa humana e é o que mais se aproxima de um sistema visto como ideal em um processo criminal.

Esse movimento que Ferrajoli denomina de “jus constitucionalismo”, onde o temor da conjuntura do século XX faz com que, no período pós-guerras, comesse a vigorar Constituições rígidas²⁵⁶, ocorre então uma mudança de paradigma concernente ao tratamento dado às garantias fundamentais.

Tal conjuntura social e política foi construída por regras e modelos importados de outros países. O Processo Penal Brasileiro então foi sendo influenciado por matrizes ideológicas distintas, tal como o Garantismo²⁵⁷ e o Direito Penal do inimigo.

O modelo garantista, por sua vez, se adequou perfeitamente após a Constituição de 1988 onde trouxe explicitamente proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos frente aos arbítrios estatais, e isso teve influência devido ao contexto político em que se encontrava, qual seja, o rompimento com regime militar que vigorou naquele período.

²⁵³ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 25 fev. 2020.

²⁵⁴ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4 ed. Verbo Jurídico, 2017. p.69

²⁵⁵ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ FERRAJOLLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e Neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Não podemos perder de vista, como já analisado, que o garantismo integral é aquele que traz equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e os direitos da sociedade e justiça, lançando mão do princípio da proporcionalidade para não fazer nascer o garantismo hiperbolismo indesejado na sociedade.

Diante disso, faz-se necessário, em *prima facie*, a realização de uma breve análise de como deve dedicar-se de forma equânime os direitos consagrados sem ocorrer a violação do garantismo integral. Para se chegar a tal objetivo, faz-se necessário um breve estudo do princípio da proporcionalidade e sua incidência em matéria penal.

3.5 O APROFUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

O Princípio jurídico da proporcionalidade, não encontra-se expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratando-se, portanto de um princípio de ordem implícita, estando em ponderação com demais princípios que são corolário do Estado Democrático de Direito, possuindo a plena e imediata incidência na seara penal, sendo este a *última ratio* de incidência dos ramo jurídicos.²⁵⁸

O princípio da proporcionalidade possui como percussão todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo importante frisar que em se tratando de Direito Penal ele recebe notável destaque, uma vez que há dois direitos em conflito, o direito da vítima e o direito do agente delituoso²⁵⁹.

Podemos destacar a incidência da proporcionalidade em atos do magistrado, por exemplo, no momento da análise da dosimetria da pena e fixação do estabelecimento de uma pena para o indivíduo que cometeu determinada infração penal, observando nesse sentido o mandamento da individualização da pena que se vincula diretamente ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido é o ensinamento da doutrina, onde ensina que:

²⁵⁸ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. Método: Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2015, p.188.

²⁵⁹ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. Método: Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2015, p.188.

Princípio da proporcionalidade – é regido pela seguinte dualidade: a sanção a ser aplicada deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal adequada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do cometimento de novos crimes, bem como garantir ao condenado o direito de não sofrer penas injustas, que excedam o limite do mal provocado pelo ilícito(...). Deve ser realizado um juízo de ponderação entre a carga coativa e o fim perseguido pela pena, conferindo justificativa e legitimidade à sanção imposta²⁶⁰

Verifica-se assim que o princípio da proporcionalidade em um primeiro momento, pondera na escolha de qual sanção penal é adequada e necessária para a reprovação e prevenção de novos crimes, e em um segundo momento, garante ao condenado o direito da não aplicação de pena injusta, ou seja, que não extrapole o que foi efetivamente provocado com a sua conduta.

Destaca-se ainda que o artigo 68 do Código Penal Brasileiro externaliza que o magistrado para individualizar a pena do agente, apresenta formas de estabelecer dentro da pena mínima e máxima prevista para a infração, fazendo surgir a proporcionalidade exigida na determinação da pena de cada infrator. Com grande propriedade, o mestre Rogério Greco nos mostra que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)²⁶¹.

Não tendo somente a função de ponderação entre a aplicação de pena necessária e adequado e a garantia de aplicação da sanção justa ao condenado, o princípio da proporcionalidade incide também na construção legislativas de condutas delitivas e tratamento individualizado das condutas penais, nesse sentido é a doutrina de Mariângela Gomes, que nos indica que:

O princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem *dignidade penal*, bem como

260 SILVA FILHO, Acacio Miranda da. **Código Penal comentado**: doutrina e jurisprudência /... [et al.]; coordenadores Mauricio Schaun Jalil, Vicente Greco Filho. 3. ed. Barueri [SP]: Manole, 2020.

²⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Impetus: Niterói, 2010, p.37.

fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.²⁶²

Esse também é o entendimento da doutrina de Greco, onde externa que o princípio da proporcionalidade possui um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

No sentido de observância da proporcionalidade por parte do intérprete quanto do legislador penal, a doutrina de Fábio Roque Araújo nos ensina que:

o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de legitimar e limitar o poder de punir do Estado. Referido princípio não se destina tão somente ao julgador, ao responsável pela aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada. Ao revés, ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador pautar-se pelas diretrizes ditadas por referido princípio, sob pena de, sob o manto da legitimidade formal do princípio da legalidade, consagrar afrontas e violações ao sistema de direitos e garantias desenhado pela Constituição Federal/88.²⁶³

Como visto, é inegável que o princípio da proporcionalidade possui incidência por todo o ordenamento jurídico, onde destaca-se a sua importância na atuação incisiva no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites máximos e mínimos de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito.

Gomes²⁶⁴, que vislumbra a proporcionalidade como critério mínimo de legitimação, aborda o garantismo somente em sua face negativa, como se pode observar no seguinte trecho de sua obra:

[...] a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual

²⁶² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

²⁶³ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_273.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020. p. 43.

²⁶⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/123934/mod_resource/content/1/Mariangela%20-%20Proporcionalidade%20em%20sentido%20estricto.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames.

Ademais o princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, uma vez que oriente a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada, assim como fundamenta os tratamentos penais dispensados às várias modalidades delitivas.

Nesse sentido a doutrina ensina que:

(...) Mais do que isso, faz com que seja necessária uma relação proporcional também entre os crimes, de modo que os fatos mais graves devem ser apenados de maneira mais intensa, e vice-versa.

(...) Portanto, para existir proporcionalidade entre as infrações, devem ser observados não apenas os bens jurídicos tutelados em cada tipo incriminador, mas igualmente a forma como são ofendidos nas descrições típicas, o grau da ofensa descrita (dano ou perigo), todas as circunstâncias do fato e os elementos subjetivos previstos no tipo abstrato. Assim, a destruição de um bem jurídico mais importante deve ser mais severamente apenada do que a destruição de bem jurídico de valor inferior; crimes de dano devem ter pena mais grave do que crimes de perigo; delitos dolosos e culposos não podem ser apenados da mesma forma, ainda que representem idêntica afronta ao bem tutelado,¹⁶³ e assim por diante. Em outras palavras, na definição das penas às infrações penais, devem ser observadas as diferenças e semelhanças entre as diferentes estruturas típicas.²⁶⁵

Essa modalidade se mostra mais visível quando tratamos do Direito Penal, sendo este o responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais mais importante, devendo assim zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais²⁶⁶.

A doutrina de Streck²⁶⁷ nesse sentido repisa que não deve ser objeto do Direito Penal a tutela de bens jurídicos irrelevantes para a sociedade, pois deve haver observância com os demais ramos do direito, entretanto, destaca que para haver a incidência daquele ramo jurídico, deve buscar “uma necessária e proporcional proteção àqueles direitos com transcendência individual e social, previstos na norma fundamental”.

²⁶⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.p. 9788522483600. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522483600/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.p.201 a 202.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Nessa linha, para se chegar âmbito de atuação do Direito Penal, a doutrina²⁶⁸ mostra que é interessante analisar todas as facetas e consequências da intervenção punitiva do Estado no caso concreto, lançando-se mão do conceito amplo do princípio da proporcionalidade que o subdivide em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda com relação a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria penal, pode ser extraída também da jurisprudência pátria. Um exemplo bem visível é o voto no caso do aborto até o 3º (terceiro) mês de gestação do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal proferido no HC 124.306/2017, onde define os contornos gerais do referido princípio, nos seguintes termos:

[...] A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) **ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;** (ii) **é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas;** (iii) **a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios**
Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.²⁶⁹

Assim, fixada as premissas de aplicação do Princípio da Proporcionalidade em matéria penal, abordará no tópico seguinte sobre princípio de excesso de proibição e princípio de proibição de proteção deficiente.

3.5.1 A dupla face do princípio da proporcionalidade: Princípio de proibição do excesso x Princípio de proibição de proteção deficiente

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. 05 mar.2020.

O princípio da proporcionalidade para a elaboração das normas é dividido pela doutrina em dois flancos, o primeiro relacionado a proibição do excesso (*Übermassverbote*) e o segundo tendo como guarda a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*)²⁷⁰.

A primeira vertente adverte que o Estado não deve intervir na liberdade dos cidadãos, ou deve respeitar limites rígidos na intervenção da conduta destes, enquanto a segunda indica que o Estado tem o dever de adotar medidas mínimas de proteção e não pode ser omissor quanto à garantia e proteção de direitos daqueles a ele subordinados²⁷¹.

Assim, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como proibição de intervenções; e o segundo, o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção²⁷².

A proibição do excesso não é nada mais que a ideia de limitação do poder que é concedido pela lei, afinal, onde todo excesso é prejudicial à convivência social.

O princípio da proporcionalidade poderia se confundir com a origem da expressão “proibição de excesso de proibição”, tendo em vista que, inicialmente, era aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos eventualmente cometidos pelo Estado.

Estefam²⁷³ enfatiza que a proibição de excesso encontra sua raiz na ideia de proporcionalidade, em sua concepção clássica, derivada da filosofia iluminista, no sentido de proteger os interesses individuais contra uma intervenção desarrazoada do Poder Público.

O mesmo autor aponta que continuamente procurava-se estabelecer uma relação de equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, isto é, entre o objetivo que a norma procurava alcançar e os meios por ela empregados. Afirma ainda que historicamente, habitua-se a indicar como fonte remota a Carta Magna de 1215, quando estabelecia que “por um ilícito trivial, um

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflcht):** o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Idem.

²⁷³ ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado:** parte geral (arts. 1º a 120) – 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.150. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/pageid/151>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

homem livre deve ser apenado somente no grau equivalente à ofensa causada [...]” e que “condes e barões devem ser sancionados somente por seus pares e na proporção da gravidade da ofensa provocada”²⁷⁴.

Séculos depois, diversos estudiosos como Cesare Beccaria em seu livro "Dos Delitos e Das Penas" desenvolveram o conceito de proporcionalidade, sobretudo durante o Iluminismo, onde segue dizendo que:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.²⁷⁵

Já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispôs em seu artigo 8º solenemente o dever de observar a proporcionalidade na fixação da pena, em que “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias(...)”²⁷⁶.

A crescente incidência da proporcionalidade no panorama do ordenamento jurídico tem relação com as contribuições de países após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, o que enfatizou o aspecto concernente na vedação da arbitrariedade²⁷⁷ perpetrados pelos nazistas que se respaldavam através da autorização legal do Estado que distorceu a proteção dos direitos dos cidadãos.²⁷⁸

A doutrina²⁷⁹ mais afundo no estudo do excesso da aplicação do Direito Penal, assegura que o princípio da insignificância e, com mais ênfase, o da intervenção mínima nada mais são que reflexos da proibição do excesso em matéria penal.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** - 3.ed.- Leme/São Paulo: CL EDIJUR, 2017.p.78.

²⁷⁶ **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 05 mar.2020.

²⁷⁷ ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral (arts. 1º a 120) – 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.150. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/pageid/151>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁷⁸ MARQUES, Andréa Gonzaga. **Princípio da Proporcionalidades e seus fundamentos**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁷⁹ ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/p.55>>. Acesso em: 05 mar. 2020

Ao averiguar que determinado comportamento é materialmente atípico após a incidência do princípio da insignificância penal

(...) o que se está amparando, com outras palavras, é que sua criminalização no caso concreto não é aprovado, pelo o que se chama pela doutrina de “teste de proporcionalidade”, pois se compara a relação estabelecida entre o meio (imposição de pena criminal) e o fim (prevenção e retribuição pelo ato cometido), concluindo-se que existem outros instrumentos menos lesivos para coibir o ato (tais como a depender da hipótese sanções cíveis, administrativas ou fiscais) e, ao mesmo tempo, eficazes para a regular a conduta (juízo de adequação)²⁸⁰.

Apontando sobre a intervenção mínima como expressão do princípio da proporcionalidade em âmbito do Direito Penal, a doutrina de Stefam nos ensina que:

O princípio da intervenção mínima, ao situar o Direito Penal como ultima ratio, constitui outra clara expressão do postulado da proporcionalidade em matéria penal. De acordo com aquele, o Direito Penal deve atuar como última fronteira no controle social, limitando sua incidência somente quando outros ramos do Direito não propiciarem, em abstrato, soluções adequadas e menos lesivas à proteção de bens jurídicos.²⁸¹

Por proibição de excesso, a doutrina de Streck²⁸² entende que é o emprego de meio desnecessário para se atingir um objetivo. Cita-se como exemplo de atuação do Estado frente ao excesso, o artigo 23, parágrafo único do Código Penal, onde dispõe que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo nos estados de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever e exercício regular de direito.

Pode-se concluir que mesmo que o Estado assegure uma proteção positiva ao bem jurídico constantes no artigo 23 do Código Penal que trata das excludentes de ilicitude, o agente não pode exceder os limites impostos pela lei, sob pena de responder pelo excesso perpetrado.

Tratando-se de se ter uma visão ampla, que abrange direitos e deveres dos indivíduos em sociedades, a doutrina nos ensina que:

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/>>. p.56. Acesso em: 05 mar. 2020

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

Os direitos individuais não conduzem a uma visão puramente unilateral e egocêntrica, haja vista possuírem, todos eles, uma dimensão social, que, ademais, vincula materialmente o legislador. Não há dúvida, ainda, que as pessoas, para além de usufruírem de direitos, devem cumprir determinados deveres, dentre os quais o de não vitimizar os outros.²⁸³

Não existindo controvérsias a respeito de cada indivíduo deve manter a boa convivência em sociedade sendo garantido o usufruto de direitos constitucionalmente assegurados, devem também ter a responsabilidade cumprir determinados deveres, dentre os quais o de não violar bem jurídico de outrem.

Em se tratando do dever de proteção eficiente, ou melhor, da vedação a proteção deficiente por parte do Estado Andrey Borges de Mendonça nos mostra que:

Em outras palavras, o Poder Público somente estará observando o princípio da proporcionalidade quando, de um lado, não estipular restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais - vertente negativa - e de outro haja uma promoção e uma proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição - vertente positiva. São em verdade duas facetas do mesmo fenômeno.²⁸⁴

O princípio da proporcionalidade, embora importante ser um meio de controle de excessos praticados pelo Estado, seja na elaboração de tipos penais, seja na aplicação da pena pelo hermeneuta em face da esfera individual do indivíduo, de igual intensidade o obriga o mesmo estado protetor a não se omitir em face de lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos de maior relevo, considerado uma conquista histórica do Direito Penal Democrático.

Mendonça com relação aos aspectos da vedação ao excesso e da proteção deficiente, nos ensina que:

O princípio da proporcionalidade justamente deve ser visto como o fiel da balança, para auxiliar a interpretação ótima a se buscar no equilíbrio - há muito perdido, diga-se de passagem - entre bens jurídicos em jogo, de sorte a se falar em um garantismo integral ou proporcional.²⁸⁵

²⁸³ ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo; Saraiva, 2016. 9788547210571. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/>>. p. 56. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁸⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p.189 e 190.

²⁸⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p.189.

Daí porque se sustenta a dupla face da proporcionalidade: juntamente com a proibição do excesso soma-se a vedação de proteção insuficiente. Esta deve figurar como recurso auxiliar para aferição da medida do dever de prestação legislativa, estabelecendo-se um padrão mínimo de atuação estatal.

A efetiva defesa dos valores constitucionais de maior hierarquia requer que se construa uma rede de proteção jurídica que exige, além da atuação de outros ramos, a intervenção do Direito Penal (repise-se, sobretudo para conter agressões oriundas de particulares).

Dentre os expressos, encontramos o racismo (art. 5º, XLII, da CF), a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, em face do art. 5º, XLIII, da CF, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, consoante preceitua o art. 5º, XLIV, da CF, a retenção dolosa do salário do trabalhador, à luz do art. 7º, X, da CF; condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, conforme consta do art. 225, § 3º, da CF, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, pois o art. 227, § 4º, da CF diz que deverão ser “severamente” punidos²⁸⁶.

Os mandados implícitos decorrem dos bens jurídicos mais importantes tutelados na Carta Magna. É o que ocorre, repise-se, com o direito à vida. Há um arcabouço fértil de disposições que o protege, destacando-se, entre elas, os crimes contra a vida, e, sem dúvida, qualquer intento de descriminalizá-los se mostraria inconstitucional²⁸⁷.

O legislador, com efeito, não poderia (validamente) desproteger o ser humano, liberando de pena criminal quem suprimisse a vida de outrem (fora das hipóteses de exclusão da ilicitude)²⁸⁸.

O reconhecimento dos mandados implícitos há de ter como baliza uma interpretação sistemática do Texto Constitucional e, nesse sentido, deve levar em conta somente aqueles valores aos quais o próprio constituinte tenha conferido destaque normativo. Assim ocorre, em nosso sentir, com os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º da CF) e, ademais, com os direitos materiais fundamentais previstos no art. 5º da CF²⁸⁹.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral (arts. 1º a 120) 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.150. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/pageid/151>> Acesso em: 05.mar.2020.

²⁸⁹ Idem.

Nesse sentido, se é assegurado a legítima defesa, aquele que utilizar meios excessivos poderá ser responsabilizado. De outra banda, a proibição da proteção deficiente na esfera penal, nada mais é que, a impossibilidade do Estado de apresentar insuficiência em relação a proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, o legislador e o juiz tem o dever de proteção em relação aos direitos fundamentais. Não pode haver omissão na sua proteção²⁹⁰.

Neste contexto, a doutrina do ilustre mestre Luiz Flávio Gomes²⁹¹ afirma que:

O princípio da proibição de proteção deficiente, bastante apropriado para o âmbito dos direitos sociais, na esfera penal deve ser compreendido com grande cautela, visto que, no Direito penal, por força do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu, o que não está na lei (contra o réu) não pode ser aplicado (ainda que isso represente uma inconstitucionalidade por insuficiência de proteção). O que não está na lei (contra o réu) não pode ser suprido pelo juiz e o que está na lei (por exemplo: a ação penal doravante no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal é pública condicionada) não pode ser negado por ele.

Ainda no que se refere aos princípios em estudo, Gomes trata da ampliação das funções estatais, destacando a proibição de abstenção ou omissão do Estado, quando deveria prevenir e reprimir, a fim de assegurar os direitos fundamentais²⁹²

CONCLUSÃO

Diante da convivência em sociedade e a evolução social, percebe-se que há um clamor ascendente pela implantação de um sistema jurídico penal justo, sendo entendido como aquele sistema em que efetivamente garantam direitos, como já ocorre, em igualdade e ponderação com os deveres, que cada indivíduo possui nas relações sociais, bem como na tutela dos bens jurídicos, de maneira concreta, ampla, de igual peso, sendo este o da vítima e da sociedade.

Indicando a incompletude da sistema teórico proposto por Luigi Ferrajoli, determinado pelo movimento evolutivo da sociedade e assim do direito, fez-se necessário o seu fomento para não deixar de tutelar demais interesses de igual peso que vieram a ter protagonismo jurídico atualmente, como a efetividade da justiça e a segurança que não está restrita apenas

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123> Acesso em: 2 mar. 2020.

²⁹² Idem.

na prevenção de condutas, como também relaciona-se a devida apuração do ato criminoso que é inerente as regras sociais.

Com interpretações que destoam ao que foi proposto pelo sistema garantista de Luigi Ferrajoli, foi imposto pelas doutrinas e jurisprudências brasileira a elevação dos direitos e garantias do investigado/acusado ao mais alto patamar de proteção dentro do sistema constitucional, onde de maneira sistemática e violadora, sobrepôs a tutela dos outros interesses de igual valor constitucional, qual seja, a tutela das garantias da vítima, bem como da sociedade que busca justiça e paz social, que sem o qual, não há falar em convivência social harmônica.

É perceptível que no Brasil houve uma reformulação indevida da natureza do sistema garantista proposto pelo magnífico jurista italiano, onde foi assimilado internamente após a Constituição de 1988, como um preceito que só tutela direitos do infrator da lei, denominado por muitos como a "vítima da sociedade", restringindo assim o seu alcance.

Para aqueles que adotam tal pensamento, rechaçam-se insistentemente que o Estado Democrático deva garantir igual tutela as partes envolvidas na relação processual penal, tendo sido denominado a supracitada postura por estudiosos como Garantismo à Brasileira ou Garantismo Hiperbólico Monocular, onde para essa corrente de interpretação, nada mais importa no cenário criminal do que garantir na relação jurídica processual penal os direitos do infrator da lei. Nesse sentido trata-se de uma visão de proteção unicamente daquele, tida como um visão monocular, estruturada em um hiperbólico ou em uma hipertrofia de seus direitos, frente as outras partes envolvidas ou interessadas na relação jurídico penal.

Nesse prisma, pode-se discorrer que houve um equívoco do Supremo Tribunal Federal, no entendimento reformado no julgamento do HC nº 84.078 em 2009 e atualmente nas Ações Diretas de Constitucionalidades 43, 44 e 54 julgadas em 2019, onde entenderam que a execução da pena em segunda instância, na pendência de recurso especial ou extraordinário violaria o princípio da não culpabilidade ou da inocência, pois lançou mão de uma interpretação isolada e literal, e não sistemática, do artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal. O argumento vencedor é uma típica postura do garantismo à brasileira ou hiperbólica monocular internalizada na estrutura judiciária.

Como visto, mesmo com o advento da lei 13.105/2015, que estatuiu o novo Código de Processo Civil, o recurso especial e o recurso extraordinário não são dotados de efeito

suspensivo como regra, e no caso deste último, busca-se preservar a autoridade e uniformidade da inteligência da Constituição como um todo, garantindo a unidade da Lei Maior.

O próprio Pretório Excelsior nos enunciados 279 e 07 e em sua jurisprudência tradicional reafirmou que em sede de recurso especial e extraordinário que não é possível existir o reexame de fatos e provas, ou seja, revisão fática da matéria que findaram-se em segunda instância, que é de sua competência. Nesse sentido, positivando esse entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1034, trouxe que tais recursos versam eminentemente sobre a aplicação do direito, e não sobre a revisão de fatos ou provas, ou seja, não se presta a analisar culpa/inocência do processado.

Insta salientar também que após a Emenda Constitucional nº 45/04, não há falar em interposição de recurso extraordinário para a discussão de questão meramente individuais e pontuais da parte na relação processual que não interessa a coletividade, sob pena de trazer ineficiência da justiça e solidificação da insegurança jurídica com atuação genérica da corte em ascendentes números de processos com ausência de relevância nacional, maculando assim a determinação constitucional para a corte suprema, qual seja, a guarda da Constitucional.

É importante repisar que no ordenamento Jurídico Brasileiro não há falar em aplicação absoluta de princípios, onde por ter conteúdo mais abstrato do que as regras, deve-se realizar uma interpretação sistemática, lançando mão da ponderação, com os demais princípios, em especial o da proporcionalidade, regras e valores imanescentes da Constituição Federal.

A própria Lei Maior traz em seu bojo limitações a princípios, como por exemplo, os princípios da privacidade e intimidade que por autorização judicial pode ser mitigado para haver interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário. Assim, com relação ao princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência não seria diferente o tratamento.

É oportuno mencionar em *prima facie* que as prisões cautelares como institutos integrantes as medidas cautelares pessoais relativizam a presunção de inocência ou da não culpabilidade, pois caso existam na análise do caso em concreto e em conjunto o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* é possível a restrição de liberdade de pessoas. Caso houvesse a interpretação absoluta do referido princípio, sequer poderia ocorrer prisões cautelares no bojo de um processo criminal no ordenamento jurídico.

Se atendo estritamente a expressão "trânsito em julgado", a doutrina de Sérgio Oliveira Médici vai mais além, e afirma que nenhuma decisão condenatória satisfaz em absoluto a disposição expressa do inciso LVII do art.5º, ou seja, é possível haver a anulação ou a rescisão da condenação por meio de Habeas Corpus ou Revisão Criminal. Por tal motivo, aponta que, em sentido amplo, a execução da pena é sempre provisória.

Assim, para que em um Estado Democrático de Direito haja a atenuação do conflito social; da estabilização entre a vedação da proteção deficiente e vedação ao excesso, e da busca por justiça integral, faz-se necessário a guarda jurisdicional de maneira equilibrada, tutelando de maneira mais ampla possível os bens jurídicos, sem o enfoque individualista que na atualidade apresenta-se ultrapassado com a nova ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Constitucional descomplicado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALEXY, Robert: **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal**: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Processual Penal**: Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em:
<<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e->

books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos criminais-excepcionais>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.402. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983918>>. Acesso em 11.jan.2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. 6. Tiragem, São Paulo: CL EDIJUR - Leme, 2017.

_____. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Dos Delitos e das Penas**. 3 ed. Leme/São Paulo: CL EDIJUR, 2017. p.78.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Lei de Execução Penal. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 02 ago.2019.

_____. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. **LEI Nº 8.038, DE 28 DE MAIO DE 1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acessado em: 11 jan. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg nos EDcl no AREsp 222566/**
Ementa: Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 2012/0180959-3 Agravo Regimental em Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355>>. Acesso em: 20. dez. 2019.

_____. **HEC 152.752/2018.** Relator: Néri Silva. 05 de abril de 2018. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84.078/2009.** Relator: Edson Fachin. 05 de abril de 2009. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43.** Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto: Teori Zavascki. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. 2ª Turma, **RE 398.269/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto: Ministro Edson Fachin. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. **Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/prisao-apos-decisao-em-segunda-instancia-argumentos-contrae-favor/?gclid=CjwKCAiApOvwBRBUEiwAcZGdGE5w8k8yNIOvYFgKa82kdVivqHSd_ZLj2y1IU5le3yZr74ER2OWX1xoCBs8QAvD_BwE>. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752/PR.** Tribunal Pleno. Relator Luiz Roberto Barroso, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020

_____. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020

_____. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Alexandre de Moraes, 2019, p.8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Tribunal Pleno. Relator Luiz Roberto Barroso, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 set.2019.

_____. **HC 152.752**. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **HC n. 85886**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. **HC n. 126.292/SP**, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. *Dje*-100. Divulg. 16.mai.2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acessado em: 15 dez. 2019.

_____. **HC 152.752**. Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **HC 152752**. Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **HC 152752**. Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **HC 152752**. Ricardo Lewandowski. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 267/STF**. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3º ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.38.
BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.44.9788553608928. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608928/>>. Acesso em: 21 abr. 2020

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo; Saraiva, 2016. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/.p.55>>. Acesso em: 05 mar. 2020

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzir Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flavio. **Direito e Razão**. (trad.). 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.684 a 686.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.685.

FERRAJOLLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam. **Garantismo, hermenêutica e Neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Garantismo penal integral (e não o Garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 25 fev. 2020.

_____. Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. **Garantismo penal integral** – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

_____. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, nº 42, Abril de 1994.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/123934/mod_resource/content/1/Mariangela%20-%20Proporcionalidade%20em%20sentido%20estrito.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Impetus: Niterói, 2010, p.37.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109032/2002_guerra_filho_willis_principio_constitucional.pdf?sequence=1> Acesso em: 15 ago. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. **Execução penal**. 9 Saberes de Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22-23.

MARQUES, Andréa Gonzaga. **Princípio da Proporcionalidades e seus fundamentos**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES. Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre O Modo Garantista Hiperbólico Monocular E Seus Reflexos No Estado Democrático De Direito**. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira-ensaio-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENEZES, Gabriella Mendes. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O Garantismo Penal Integral no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/download/61/pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MOURO. Sérgio. **Moro elogia decisão do STF: essa janela de impunidade foi fechada**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/moro-elogia-decisao-do-stf-essa-janela-de-impunidade-foi-fechada>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual Processo Penal e Execução Penal** - Esquemas & Sistemas, 5ª edição. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 133. 9788530986469. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986469/>>. Acesso em: 11.jan.2020.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.489. 9788597023763. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>>. Acesso em: 11.jan.2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso De Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 34. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/epubcfi/6/24\[;vnd.vst.idref=html11\]!/4/158/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/epubcfi/6/24[;vnd.vst.idref=html11]!/4/158/2@0:0)>. Acesso em 10 jan 2020

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e Barbárie**: A face oculta do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.p. 99-100.

PAULINO, Galtênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em 15 dez. 2019.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. **Garantismo**: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

RODRIGUES, Cristiano. **Manual de Direito Penal**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p. 08.

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica**. 1. ed. São Paulo: Nova geração, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. (Org.). Daniel de Resende Salgado; Bruno Barros de Assunção e Natália Angélica Chaves Cardoso. Brasília: ESMPU, 2018, p. 8. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pos-graduacao/sistema-de-justica-criminal/@@download/arquivo/Sistema%20de%20Justi%C3%A7a%20Criminal_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht):** o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em:

<http://www.mprs.mp.br/areas/atuaacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.