

CURSO DE DIREITO

Melissa Corrêa Paranhos

**A (IM) POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE APÓS DECISÃO DE SEGUNDO GRAU**

Santa Cruz do Sul
2017

Melissa Corrêa Paranhos

**A (IM) POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE APÓS DECISÃO DE SEGUNDO GRAU**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. MS. Caroline Fockink Ritt

Orientadora

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Melissa Corrêa Paranhos adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de junho de 2017.

Prof. MS. Caroline Fockink Ritt
Orientadora

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca questionar a (im) possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade após decisão de segundo grau. Esse tema é extremamente recente, pois decorre da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 2016. A maioria dos estudiosos e Ministros entenderam que ao mudar de posicionamento a Suprema Corte não violou o princípio da presunção da inocência. Como forma de abordar o tema em discussão, será abordado a evolução histórica da pena, bem como os princípios processuais penais e, por fim, será analisado dois julgados que foram responsáveis pelas mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal e recentes posições de estudiosos sobre o tema.

Palavras-chave: evolução da pena; direitos; presunção da inocência; princípios; sociedade.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course seeks to question the (im) possibility of the fulfillment of the custodial sentence after a second degree decision. This issue is extremely recent because it stems from the change of understanding of the Federal Supreme Court occurred in 2016. Most scholars and Ministers understood that changing the position of the Supreme Court did not violate the principle of presumption of innocence. As a way of approaching the topic under discussion, the historical evolution of the sentence, as well as the penal procedural principles will be approached and, finally, will be analyzed two judged that were responsible for the changes of position of the Federal Supreme Court and recent positions of scholars on the theme.

Keywords: evolution of the sentence; Rights; Presumption of innocence; principles; society.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL	09
2.1	Considerações Introdutórias	09
2.2	Direito Penal Romano	10
2.3	Direito Penal Germânico.....	12
2.4	Direito Penal Canônico.....	13
2.5	Direito Penal Comum	15
2.6	Direito Humanitário – Os Reformadores	16
2.7	História do Direito Penal Brasileiro	17
2.7.1	Período Colonial... ..	18
2.7.2	Brasil Império.....	19
2.7.3	Período Republicano	20
2.8	História e evolução da pena de prisão – Considerações Introdutórias.....	20
2.8.1	Idade Antiga.	21
2.8.2	Idade Média	22
2.8.3	Idade Moderna	23
3	PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	24
3.1	Da presunção da Inocência ou da não culpabilidade	25
3.2	Do duplo grau de jurisdição	27
3.3	Da prova (<i>in dubio pro reo</i>)	29
3.4	Do Contraditório	30
3.5	Da ampla defesa	31
4	DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	32
4.1	Inquisitivo	32
4.2	Acusatório	35
4.3	Misto	38
5	DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	41
5.1	Habeas Corpus n.º 84.078-7 e a impossibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.....	41

5.2	Habeas Corpus n.º 126.292 e a possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	44
5.3	Do entendimento de que não pode o sentenciado cumprir pena após decisão de segundo grau	51
6	CONCLUSÃO.....	56
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Dentre tantas convergências que existem no direito penal, uma dos temas que possui bastante conteúdo a ser discutido é o cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, escolhi discorrer a respeito da possibilidade ou não do cumprimento da pena privativa de liberdade após decisão de segundo grau, cujo tema tornou-se bastante polêmico desde o ano passado.

Este tema escolhido ganhou ênfase, como já mencionado, desde o ano de 2016, uma vez que, o Supremo Tribunal Federal radicalizou o entendimento de que pode o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade após a decisão de segundo grau, ou seja, após julgado o recurso de apelação. Mesmo que minoria há estudiosos de direito penal que entendem que essa decisão da Suprema Corte violou a Constituição Federal, mais especificamente o artigo 5º, inciso LVII.

A justificativa do Supremo Tribunal Federal baseia-se no fato de que não há violação ao princípio constitucional da presunção da inocência, uma vez que a culpabilidade do delinqüente fica provada justamente em, no máximo, até eventual recurso de apelação, sendo que, quando julgado o referido recurso e mantida a decisão do juiz singular restará comprovada a culpabilidade do infrator.

Não obstante, cumpre ressaltar que o tema em comento possui enorme importância social, pois estamos diante de uma violação de uma garantia constitucional do acusado. Assim, caso ocorra um erro na decisão ou no próprio processo haverá um prejuízo irreparável para o sentenciado.

Ademais, meu objetivo é de demonstrar que há posicionamentos contra e a favor da decisão da Suprema Corte, a fim de, futuramente, tentar dar uma resposta a pergunta: é possível o cumprimento da pena privativa de liberdade após decisão grau?

O trabalho em questão será elaborado sob o método de pesquisa exploratório, uma vez que buscarei analisar a possibilidade ou não de o sentenciado iniciar o cumprimento da pena após decisão de segundo grau.

No que tange aos procedimentos técnicos que serão utilizados, importante informar que para alcançar a conclusão do projeto será utilizada a pesquisa bibliográfica, bem como artigos jurídicos, livros e sites jurídicos.

Destarte, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. Portanto, para chegar a discussão do trabalho, foi estudado a evolução histórica da pena, ou seja, todas as meios de penalidades que existiam desde os termos remotos até a presente data.

Quando as pessoas começaram a conviver em sociedade foi necessária a

criação e imposição de regras, uma vez que somente assim seria possível conviver em harmonia dentro de um grupo de pessoas completamente distintas uma das outras. Devido a isso, tornou-se fundamental a aplicação de punições a aqueles que descumprissem com o regramento estabelecido.

As penas eram das mais variadas possíveis, partindo da vingança com as próprias mãos até chegarmos ao momento em que o poder de punição passa para o Estado, incumbindo a este criar e aplicar sanções para quem desrespeitar o que a lei prevê.

No segundo capítulo foram estudados os princípios processuais penais que são de extrema importante quando falamos em pena privativa de liberdade. Digo isto, pois, até chegar ao momento de proferir uma sentença deve ser observado vários princípios para que o processo não seja eivado de nulidade. O princípio que ganha destaque, nesse momento, é o da presunção da inocência ou da não culpabilidade, uma vez que há uma discussão em volta dele quanto a sua violação ou não em face da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A terceira parte do trabalho foi elaborada com intuito de discorrer a respeito dos sistemas processuais, os quais precisam ser analisados para alcançar o objetivo desse trabalho, uma vez que demonstra a diferença de cada sistema processual penal e mostra qual é adotado pelo direito brasileiro.

Por fim, o último capítulo versa a respeito da decisão do Habeas Corpus n.º 84.078-7, o qual se faz necessário ser analisado, pois foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal em 2009. Tal entendimento era de que não seria possível o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade sem que tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, foi estudado também o atual posicionamento da Suprema Corte que adveio do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292, o qual previu a possibilidade de iniciar a execução da pena ainda que pendente de recurso, ou seja, atualmente, pode o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Pelo exposto, foram estudados além dos Habeas Corpus supramencionados, diversos posicionamentos a respeito da impossibilidade do início do cumprimento da pena antes de ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência.

2 A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

2.1 Considerações introdutórias

Conforme recorda Bitencourt (2000), para que seja possível a análise do atual Direito Penal, é necessário que haja uma análise de toda a evolução até chegarmos a nosso atual Direito Penal. Ao analisarmos a evolução do Direito Penal, nos permite uma melhor compreensão do nosso sistema vigente, sendo que é de extrema importância verificar todos os nossos antecedentes, tendo em vista que nos proporciona um amplo conhecimento de todos os fatores que forem necessários e importantes para que fosse possível chegar até o nosso Direito Penal.

Ademais, segundo Bitencourt (2000), nas primeiras sociedades existentes, havia o entendimento de que todos os acontecimentos naturais que ocorressem eram os deuses se manifestando contra os atos ilícitos que foram praticados, isto é, defendiam que tais atos deveriam ser reparados.

Com o decorrer do tempo, passou a ocorrer a chamada vingança privada, que nada mais era do que a punição aplicada tão somente ao autor do delito, mas que por muitas vezes era estendida a toda a sociedade ou tribo (BITENCOURT, 2000).

Bitencourt (2000) afirma que em razão da evolução que aos poucos acontecia e, ainda, pela preocupação em punir somente o indivíduo que praticou o crime e não a sua tribo ou clã, houve o surgimento da *lei de talião*, que foi criada após a vingança privada. Tal lei seguia o entendimento que o delinqüente deveria pagar na medida do fato delituoso que praticou, portanto, entendia-se que a expressão correta a ser utilizada para expressar tal lei, nesse caso, seria “olho por olho, dente por dente”.

É possível dizer que a lei de talião foi importantíssima, pois buscava a igualdade entre o suposto autor do delito e o ofendido e, ainda, por ter como objetivo a ideia de humanizar as normas penais, tendo em vista a necessidade que possuía em punir o indivíduo na proporção do crime cometido por ele (BITENCOURT, 2000).

Para concluir, cabe esclarecer que houve o período conhecido como composição, que tinha como idéia o fato de o autor de delito livrar-se do castigo, uma vez que o mesmo adquiria a sua liberdade. Com a nova organização do Estado, houve o fim da vingança privada e o surgimento da vingança pública, a qual era de absoluta competência do Estado (BITENCOURT, 2000).

2.2 Direito Penal Romano

O Direito Penal Romano, segundo Bitencourt (2000), foi um direito de suma importância, tendo em vista que até os dias atuais é responsável pelo fato de construir uma importante fonte originária de institutos jurídicos, sendo classificado como um direito perfeito.

Em relação às penas que eram aplicadas em Roma, como recorda Bitencourt (2000), eram impostas de forma sacral, uma vez que havia uma distorção entre o papel do Rei e do Sacerdote, o que resultava no entendimento de que essas pessoas possuíam poderes ilimitados e poderiam aplicar a pena que achassem necessário.

Durante todo o período em que ocorreu a sistematização jurídica de Roma, conforme lembra Bitencourt (2000), houve a aplicação do direito conhecido como consuetudinário, o qual possuía como característica o fato de ser considerado um direito duro, ou seja, rígido. No que tange ao primeiro código Romano que tenha sido escrito, podemos destacar a Lei das XII Tábuas.

Ademais, conforme destaca Bitencourt (2000), houve uma distinção entre as espécies de crimes que existiam, sendo que essa distinção ocorreu ainda durante o período real. Os crimes foram devidamente divididos entre *públicos* e *privado* e, devido a isso, houve a necessidade da criação de processos penais compatíveis com as referidas matérias, ou seja, Processo Penal Privado e o Público.

Segundo Tourinho Filho (2013), nos crimes que eram caracterizados como públicos, a competência era do Estado em puni-los, pois puniam com o objetivo de corrigir o ato ilícito que foi praticado pelo delinqüente. Por outro lado, nos crimes privados, havia a presença de um juiz, contudo o magistrado somente decidia com base nas provas que as partes lhe traziam para análise, ou seja, o papel dele era de tão somente conseguir revolver os problemas que as partes diziam existir.

Bitencourt (2000) também distingue e explica que no período Romano houve a referida distinção de crimes públicos e privados. Segundo ele, crimes públicos eram aqueles perpetrados contra a nação e praticados contra a vida. No que tange aos crimes privados, eram aqueles praticados contra o patrimônio do ofendido, bem como aqueles que afrontassem a honra deste, por exemplo, a injúria.

No que tange aos meios de punição em relação a esses crimes, é extremamente importante destacar que, conforme Bitencourt (2000), os crimes privados ficavam a cargo do próprio indivíduo que foi ofendido, sendo que o Estado

somente interferia para determinar o exercício de tal punição. Por sua vez, os julgamentos dos crimes públicos aconteciam em tribunais especiais, sendo que o responsável por esse julgamento era o juiz e o único método de punir era através da pena de morte.

Ademais, com o passar dos anos, houve a necessidade de refazer os conceitos de comportamentos que configuravam uma prática delitiva, ou seja, surgiram as *leges corneliae* e *Juliae*, que diferenciavam tecnicamente cada crime e, dessa forma, diziam quais crimes eram considerados mais gravosos em face de outros (BITENCOURT, 2000).

Conforme destaca Bitencourt (2000), no que corresponde às *leges corneliae*, estas tinham como principal preocupação os crimes praticados no âmbito de relações entre cidadãos. Diferentemente, a *leges Juliae* preocupava-se com os crimes perpetrados contra o Estado, pouco importando se são crimes perpetrados somente por particulares, mas também crimes perpetrados por seus próprios administradores contra o Estado. Algumas décadas se passaram até desaparecer totalmente a punição privada, passando o Estado a exercer o *jus puniendi* nessas espécies de delitos.

O fundamento da pena existente no período Romano era retributivo, contudo, esse entendimento já se encontrava bastante atenuado, uma vez que havia a necessidade de as sanções serem utilizadas para punir determinado fato delitivo estar previamente catalogadas (BITENCOURT, 2000).

No que tange à pena de morte, a qual, inicialmente, havia sido o único método de punição utilizado pelo Estado e que já havia desaparecido, esta ressurgiu com enorme força durante o século II d. C., tendo em vista “o aparecimento dos chamados crimes extraordinários, tais como furto qualificado, estelionato, extorsão, aborto, exposição de infante” (BITENCOURT, 2000, p. 24).

Para Bitencourt (2000), a prisão, que era utilizada na idade antiga, era conhecida por ter um caráter de prisão-custódia, pelo fato de que os condenados esperavam nesse local a execução da pena aplicada. Em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, por exemplo, é importante esclarecer que os romanos já conheciam e faziam uso de tais institutos.

Por fim, como lembra Bitencourt (2000), é importante relatar que infelizmente os romanos não sistematizaram todas as matérias que são aplicadas e utilizadas no Direito Penal. Porém, foram os responsáveis por compreenderem alguns institutos penais que são utilizados até os dias atuais, pelo fato de serem de grande

importância para aplicação do Direito Penal, como por exemplo, o dolo, menoridade e a culpa: o dolo, visando verificar se o indivíduo praticou o ato ilícito com intenção pura; culpa que seria analisar se o delinqüente agiu culposamente para a empreitada ilícita; e a menoridade, verificar se é possível aplicar uma sanção penal aos menores de idade.

2.3 Direito Penal Germânico

Para Bitencourt (2000), o Direito Penal Germânico possui diferenças em relação ao Direito Penal Romano. No Germânico não havia uma existência de leis escritas e as punições eram aplicadas por qualquer cidadão, pouco importando se o crime foi de natureza pública ou privada, sendo que a única diferença era que, no caso de crime público, a pena era aplicada por qualquer pessoa, já no caso de crime privado, o acusado era entregue para os familiares do ofendido ou para o próprio ofendido, caso estivesse vivo. As punições mencionadas aconteciam, pois havia o entendimento de que ao infringir uma “norma” havia a ruptura da paz, tendo em vista que, na época, o fato de descumprir já autorizava a punição pelas pessoas mencionadas anteriormente.

Prado (2011) entende que o direito existente deveria ser respeitado por todos, tendo em vista que simbolizava uma ordem, logo, quando alguém descumpria o que dispunha a norma jurídica, estaria desrespeitando o direito existente. Ainda, acreditava que o responsável por praticar algum crime que constituía uma espécie de ofensa para a sociedade passava a ser equipado com animais, uma vez que qualquer pessoa e a qualquer tempo poderia matá-lo, ou seja, esse indivíduo acabava perdendo a sua paz e automaticamente sendo expulso de seu grupo familiar.

É possível perceber que no Direito Penal Germânico havia uma extrema necessidade de uma punição brutal contra criminosos que praticassem algum delito, sendo que essa punição era vingativa e teria que envolver sangue. Importante esclarecer que esse pensamento de vingança de sangue foi aos poucos acabando, tendo em vista que o Estado foi criando forças o suficiente para fazer com que esse pensamento mudasse e novos meios de punição fossem utilizados (PRADO, 2011).

Ademais, cumpre destacar que o Direito Penal Germânico, segundo Prado (2011, p. 89), “caracterizou-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo”.

No que tange ao sistema de composição acima mencionado, houve a existência de três espécies que se destacaram como as mais importantes, sendo a primeira a chamada composição, que nada mais era do que o dever do delinqüente em reparar pecuniariamente o ofendido, e na falta deste, seus familiares. O segundo era conhecido como soma, tendo em vista que era entendido pelo preço que o delinqüente pagava ao ofendido ou sua família pelo o que por ele foi praticado. Por último, Friedgeld, que era o pagamento que o delinqüente deveria fazer ao Estado pelo ilícito por ele praticado. Ademais, cumpre destacar que a composição foi responsável por dar origem à multa, que passou a ser incluída no sistema penal, bem como a indenização civil devida a vítima ou aos seus familiares a título de reparar o dano causado (PRADO, 2011).

Por fim, é importante também falar a respeito do elemento da objetividade que era o único analisado pelo Direito Penal Germânico, ou seja, o que era analisado em cada caso era o resultado que o acusado/ofensor causava à vítima. Portanto, eram punidos somente os crimes que possuíam um resultado e não as meras tentativas, pouco importando também se o resultado foi de caráter voluntário ou não (PRADO, 2011).

2.4 Direito Penal Canônico

Primeiramente, cabe esclarecer que a palavra Canônico é de origem grega e significa norma.

O Direito Canônico, segundo Prado (2011), é composto por leis da própria Igreja Católica e que, conseqüentemente, eram aplicadas as demais igrejas, sendo que é fruto de então conhecido *decretum Gratiani*, o qual ocorreu em razão de outros decretos romanos. Além disso, no Direito Romano existia os chamados livros penitenciais (*Libri poenitentiales*), que eram utilizados para adquirir o conhecimento necessário de saber como aplicar as denominadas penitências aos então pecadores. Com o passar do tempo, houve uma discussão a respeito dos resultados das punições que eram impostas através dos livros, sendo que restou vedado o uso dessas espécies de livros, pois eram cobertos de equívocos.

O Direito Penal Canônico foi o primeiro a ter leis escritas, ou seja, havia um direito escrito. Ademais, foi através do Papa João Paulo II que houve um novo Código de Direito Penal Canônico, fato este que ocorreu no ano de 1983 (PRADO, 2011).

Conforme destaca Prado (2011), foi de suma importância o Direito Penal Canônico, tendo em vista que foi responsável por conseguir certa maneira buscar uma civilização das práticas terríveis que eram aplicadas pelo Direito Penal Germânico, sendo responsável por adaptar essas praticas brutais na vida pública.

No que tange às punições dos delitos, é necessário grifar que havia duas formas de delitos. O primeiro delito nada mais era do que uma afronta ao direito divino e o segundo baseava-se nos delitos que lesionavam a ordem laica. Ambos os delitos possuíam uma denominação, sendo que os delitos responsáveis por ofenderem o direito divino se chamavam *delicta ecclesiastica* e o outro era chamado de *delicta mere secularia* (BITENCOURT, 2000).

Ainda, em relação à competência para punir estes delitos, Bitencourt (2000, p. 28) destaca que “*delicta ecclesiastica* [...] eram da competência dos tribunais eclesiásticos [...]”. No que diz respeito à *delicta mere secularia*, Bitencourt (2000, p. 28) afirma que “[...] eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam às sanções comuns”. Além das espécies de delitos já mencionadas, havia ainda a *delicta mixta*, que denominava os delitos responsáveis por violar a ordem religiosa e laica, que, segundo Bitencourt (2000, p. 28), “[...] eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*”.

Quanto à punição que era imposta, cabe destacar que a pena era aplicada com uma visão de proteção social, onde havia uma ideia de pacificar os interesses da sociedade e dos particulares (PRADO, 2011).

No que tange às contribuições que o Direito Penal canônico trouxe, Bitencourt (2000) diz é possível afirmar que ele foi responsável por contribuir para a criação da prisão moderna, bem como por ter um importante papel na busca pela mudança dos infratores/delinquentes.

Como lembra Prado (2011), em relação à pena de morte que era utilizada por outros direitos, cabe esclarecer que os tribunais eclesiásticos não a aplicavam, e os delinquentes que talvez devessem ser punidos com a pena de morte eram conduzidos às cortes laicas.

Para finalizar, cumpre destacar que o Direito Penal Canônico possui várias características, sendo que é possível dizer que foi de extrema importância pelo fato de contribuir para que as penas fossem caracterizadas como mais humanas e por robustecer a natureza pública do Direito Penal. Ademais, foi importante também porque ajudou a concretizar a ideia da criação de prisões modernas, tendo em vista

que foi desse período que surgiu as primeiras ideias de “penitenciária” para que fosse possível uma reeducação dos infratores (PRADO, 2011).

2.5 Direito Penal Comum

Cumprido destacar que o Direito Penal Comum é resultado dos direitos citados anteriormente, sendo eles: Direito Penal Canônico, Direito Penal Germânico, Direito Penal Romano e dos Direitos Nacionais.

Conforme lembra Mirabete (2001), as penas que eram utilizadas tinham como intuito amedrontar e intimidar as pessoas. Essas penas eram as mais cruéis possíveis, como afogamento e a fogueira, sendo que conseqüentemente levavam os autores dos delitos a óbito.

Ademais, as penas que eram aplicadas aos delinquentes eram desiguais, uma vez que era analisado cada indivíduo de forma individual, ou seja, a pena era aplicada de acordo com o perfil de cada delinquente e de acordo com sua classe social, sendo que punições eram as mais agressivas possíveis, pois eram utilizadas mutilações e tortura, por exemplo (MIRABETE, 2001).

Nesse mesmo sentido, nas palavras de Aníbal Bruno (1967), citado por Bitencourt (2000, p. 30):

justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa freqüência e executada por meios brutais e atrozes, como a força, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, com as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites.

Por fim, como menciona Bitencourt (2000), nesse período houve uma preocupação para que o Direito Penal Comum passasse por uma transformação.

Essa transformação era desejada pelos juristas, tendo em vista que idealizavam um Direito Comum para todas as pessoas, sem qualquer distinção econômica, onde estariam acima de qualquer coisa os valores do seu humano, reconhecendo que todos são iguais e possuem a mesma importância no âmbito jurídico.

2.6 Período humanitário – Os reformadores

O Período humanitário, segundo Bitencourt (2000), tem como destaque a insatisfação de como era aplicada as penas aos criminosos na Europa em meados do século XVIII. As ideias surgidas nesse período possuíam todas elas uma profunda ligação com o fundamento da humanidade, ou seja, do indivíduo e também da razão. As leis que existiam até esse momento eram vistas de maneira arbitrária e desumana, uma vez que eram aplicadas penas brutais para os delinquentes.

Tendo em vista essa situação (as penas brutais que eram aplicadas), conforme destaca Bitencourt (2000), juristas, filósofos e também moralistas criaram obras para tentar por um fim nessa situação terrível que era objeto de aplicação da lei na Europa. Todos eles defendiam que o homem é um ser livre, bem como que deveria haver a necessidade de ter como parâmetro para a punição o princípio da dignidade humana. Assim como Voltaire, Rousseau também defendia e julgava extremamente abusiva a norma penal da época, pois ambos acreditavam que o ser humano é frágil para sofrer com punições tão severas como as que eram aplicadas, penas estas que deveriam ser analisadas a cada caso.

Portanto, Bitencourt (2000) diz que deveria haver uma distinção entre os criminosos, pois são pessoas diferentes e que praticam o crime em circunstâncias diferentes, ou seja, cada pessoa é uma pessoa e cada crime é um crime, não podendo continuar as penas a serem aplicadas somente porque o crime se enquadra em determinada tipificação.

Em busca de mudanças do sistema punitivo, tiveram destaques além dos filósofos franceses, “como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre outros [...], fizeram coro com esse movimento, particularmente Beccaria, Howard e Bentham, seguidos por Montesinos, Ladirzábal e Concepción Arenal”. (BITENCOURT, 2000, p. 32).

Cesare de Beccaria, em suas obras, buscava a reforma do sistema punitivo e o fim do tratamento desumano que era imposto aos criminosos. Beccaria se preocupava em buscar uma solução para o futuro, buscava evitar que novos delitos fossem praticados, tendo em vista que ele defendia que a pena deveria ser imposta pensando no futuro e não pensando no passado, como um método de vingança. Ainda, defendia que a pena deveria ser aplicada conforme a proporcionalidade do crime (BITENCOURT, 2000).

Enquanto Beccaria se preocupava com as formas de penas, John Howard se

preocupava com os presídios que deveriam ser criados para que os criminosos pudessem cumprir as penas. Sustentava que as penitenciárias que existiam na Europa não tinham o mínimo de higiene possível para que um indivíduo lá permanecesse. Foi através de Howard que surgiu o penitenciarismo, sendo que, como já mencionado, idealizava prisões que tivessem o mínimo de estrutura possível (BITENCOURT, 2000).

Por sua vez, Jeremias Bentham sustentava em suas obras a ideia que não poderia mais haver as punições absurdas que eram aplicadas aos delinquentes na Europa. Ademais, sustentava que a finalidade da pena não era punir o indivíduo por algo que praticou no passado. Assim como Howard, defendia que a pena deveria ser imposta para evitar novos delitos, para servir de base para que outros indivíduos pensassem mais antes de praticar um crime. (BITENCOURT, 2000).

Ainda, conforme Bitencourt (2000), Bentham acreditava que a pena que deveria ser imposta ao autor de um crime deveria ser proporcional ao crime por ele cometido, ou seja, se o crime não fosse extremamente grave, poderia ser aplicada a este indivíduo uma pena mais branda, tudo com base no crime por ele praticado.

Ademais, Bertham, além do interesse em modificar a aplicação das penas, demonstrava interesse em melhores condições no que tange aos sistemas carcerários, aduzindo que as penitenciárias eram precárias e que o indivíduo que ficasse nesse local só teria novos motivos para delinquir ao sair da prisão (BITENCOURT, 2000).

Por fim, embora tenha se esforçado muito para que suas ideias fossem reconhecidas e aplicadas à época na Europa, não logrou muito êxito em suas sustentações, porém, conforme Bitencourt (2000, p. 40), “[...] Bertham conseguiu que suas críticas servissem para diminuir o castigo bárbaro e excessivo que se produzia nas prisões inglesas”.

2.7 História do Direito Penal Brasileiro

A história do Direito Penal Brasileiro é marcada por três períodos importantes vivenciados. O primeiro conhecido como período colonial, o segundo período republicano e por fim, o Código Criminal do Império.

Não bastasse isso, temos a existência de duas legislações distintas, a legislação portuguesa e a legislação brasileira.

2.7.1 Período Colonial

No que tange ao Período colonial, cumpre destacar que este foi um período marcado por práticas terríveis, isto é, os índios não possuíam nenhum direito e os negros eram tratados como escravos. Ademais, não existia uma legislação e, por isso, não havia como ser obedecida uma legislação.

Ademais, após ser descoberto o Brasil, houve uma mudança no direito, passando a vigorar o Direito lusitano. Ainda, passou a ser aplicada as Ordenações Afonsinas, que foram avaliadas como o Código mais completo da Europa. Porém, com o passar do tempo, começou a vigorar as Ordenações Manuelinas, que foram mantidas até o surgimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão (BITENCOURT, 2000).

Como já mencionado, nesse período não havia a existência de nenhuma lei, contudo as “leis” que eram utilizadas não tinham nenhuma eficácia, sendo que, ao mesmo tempo em que estas prejudicavam determinado indivíduo, acabavam favorecendo outro, eram as chamadas “leis” arbitrárias.

O Período Colonial ficou conhecido por ser responsável por uma enorme catástrofe, tendo em vista que beneficiou somente algumas pessoas. As normas eram de certa forma exclusivas de um povo, e os demais povos permaneciam sem um amparo jurídico.

Em relação ao método de punição que era aplicado, como lembra Bitencourt (2000), pode ser dito que era extremamente cruel, pois a punição era física, ou seja, o corpo era utilizado como um meio de punição em decorrência do delito praticado pelo criminoso. Dessa forma, é possível assegurar que o período colonial possui como marco a perturbação quanto às questões jurídicas, isto, pois, foi um período marcado pela violência e a crueldade, tendo em vista que punição era feita através da morte, banimento e por corte de partes do corpo humano.

Por fim, cumpre destacar que, como pode ser observado, não era adotado o princípio da legalidade e muito menos os princípios do contraditório e da ampla defesa, ou seja, o julgador que decidia qual punição deveria ser aplicado ao criminoso conforme sua vontade. Em relação aos criminosos, estes eram vistos pela sociedade como seres pecadores.

Sucintamente, segundo Mirabete (2001) eram considerados pecadores, logo, criminosos, aqueles indivíduos que faziam benzeduras em outras pessoas, os que abençoavam os cachorros e aqueles que praticavam a feitiçaria.

Conforme destaca Bitencourt (2000), esta terrível legislação que utilizava de meios cruéis nas punições perdurou no Brasil por mais de dois séculos.

2.7.2 Brasil Império

O Código Criminal do Império surgiu em decorrência de uma urgente necessidade de haver reformas nas leis que estavam vigentes, sendo que, em virtude disso, criou-se uma Constituição Brasileira no ano de 1824. Ademais, essa Constituição trouxe a necessidade de que fosse criado urgentemente um Código Criminal, que deveria ter como suporte em sua elaboração tudo que estivesse interligado com a justiça, bem como que tivesse interligação com a equidade (BITENCOURT, 2000).

Diante disso, a necessidade de criação de um Código Penal baseava-se no fato de que deveria haver a criação de leis que derivassem de uma justiça correta que se observasse os princípios da imparcialidade e da igualdade.

No que tange às propostas de projeto de um código criminal, é importante esclarecer que duas grandes pessoas apresentaram, individualmente, suas propostas, Bernardo Pereira Vasconcellos e José Clemente Pereira. Contudo, o projeto aceito foi o criado por Bernardo, tendo em vista que era mais completo do que o projeto criado por José Clemente (BITENCOURT, 2000).

Ademais, em relação à pena de morte, para que ela continuasse a existir como meio de punição, houve necessidade de uma votação realizada no Congresso, porém somente seria aceita caso fosse realizada por método cruel, a força.

Ainda, cumpre destacar que foi em virtude da Proclamação da República que houve a criação de um Código Penal, mas em decorrência da extrema pressa pelo qual foi criado, acabou virando alvo de críticas.

Diante do exposto, houve a compreensão de que punição como era realizada não produzia muito efeito, logo, houve o entendimento de que era fundamental a criação de sistemas penitenciários e, assim, foi feito.

Para finalizar, cumpre informar que três foram os principais sistemas penitenciários que delimitaram a pena privativa de liberdade: o sistema então conhecido como *Auburn*, o sistema da Filadélfia e por fim, o sistema denominado progressivo.

2.7.3 Período Republicano

Como recorda Bitencourt (2000), em decorrência da criação da República, Batista ficou encarregado pela criação de um projeto de Código Penal, o qual foi aprovado e publicado no ano de 1892, antes da Constituição de 1891.

O Código Penal foi feito às pressas e, devido a isso, ficou conhecido pelo pior Código Penal de todos os tempos, tendo em vista que simplesmente ignorou todos os avanços doutrinários que existiam até aquele momento, sendo que, aparentemente, parecia estar atrasado em relação ao que ocorria nesse período (BITENCOURT, 2000).

Ademais, lembra Bitencourt (2000, p. 43) que “os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha quantidade de leis extravagantes [...]”.

Bitencourt (2000) destaca que durante todo o período de vigência desse péssimo Código foram feitos vários projetos com intuito de reformular as leis e, conseqüentemente, substituir a norma vigente da época, porém nenhum foi capaz de substituir o então Código.

Por fim, finalmente em razão do Estado Novo, foi apresentado um projeto de substituição do Código Penal, o qual foi analisado por uma Comissão Revisora e finalmente sancionado, como Código Penal, o qual esta vigente atualmente, mas com algumas modificações (BITENCOURT, 2000).

2.8 História e evolução da pena de prisão – Considerações Introdutórias

A origem da pena é extremamente antiga, sendo que a cada passo avançado no seu estudo há um novo risco de equivoco. A prisão é caracterizada como algo ruim, mas que é necessário para punir as condutas que afrontam o que dispõem as leis.

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. (BITENCOURT, 2000, p. 401-402).

Por fim, como lembra Bitencourt (2000), é necessário para que haja uma clara exposição que permita compreender caminho tão intrincado, distanciar-se da

cronologia que por muitas vezes nos leva a cometer equívocos.

2.8.1 Idade Antiga

Primeiramente, cabe esclarecer que, como lembra Bitencourt (2000), a antiguidade desconheceu completamente o que era a chamada privação de liberdade, considerada uma pena que deveria ser aplicada a indivíduos que cometessem crimes na época.

A prisão dos delinquentes, conforme recorda Bitencourt (2000), não tinha o objetivo da privação de liberdade propriamente dita, mas sim ser utilizada como meio de preservar fisicamente os acusados até quando fossem julgados.

Ademais, a prisão era utilizada como meio de tortura, tendo em vista que os delinquentes eram presos em salas e, então, iniciavam as torturas, com intuito de que eles confessassem os fatos alegados. Ainda, cumpre esclarecer que a prisão era vista como um método pelo qual era possível terminar com o indivíduo antes mesmo que ele cumprisse com sua pena, tendo em vista as situações que eram expostos e submetidos (BITENCOURT, 2000).

De acordo com o entendimento de Caldeira (2009, p. 259), no que concerne à Idade antiga, cabe informar que “foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C) e o início da Idade Média (século V)”.

Desde o período citado, cabe esclarecer que era de praxe as pessoas formarem uma comunidade, ou seja, elas se juntavam para que fosse ao menos possível manter suas sobrevivências, no entanto, não poderia haver nenhuma menção a regras penais.

Essa comunidade mencionada era conhecida como tribos ou clãs que, segundo Boschi (2013), não possuíam uma ideia bem desenvolvida do que era pena, tendo em vista que acreditavam que quando havia o cometimento de algo ilícito, os deuses ficavam descontentes e, desse modo, tinham como método de punição a realização de sacrifícios para que pudessem se redimir com os deuses.

Em relação à punição que era aplicada, de acordo com Caldeira (2009), nessa época todos os integrantes da tribo eram punidos em decorrência de ato ilícito praticado por um indivíduo, havia em entendimento de que quando se pratica um crime há a irritação dos Deuses.

Contudo, ocorreu uma nova fase que ficou conhecida pela vingança privada,

porém, como bem lembra Bitencourt (2000), esse período de vingança não ocorria somente em relação ao infrator e sim em relação à sociedade, ou seja, tribo ou clã.

Ademais, graças à evolução social dos povos, houve então o surgimento da lei de talião, que de certa forma vedava que o clã inteiro fosse punido em decorrência de um ato considerado ilícito na época. A lei de talião adotou a expressão “*olho por olho, dente por dente*”, que como já mencionado, somente o infrator respondia por seus atos.

Todavia, as sociedades foram diminuindo em virtude da quantidade de crimes que eram praticados por seus componentes e, em razão disso, fez-se necessária a implementação da chamada composição. Ainda, cabe esclarecer que, no que tange à fase de vingança divina, essa existia, pois era de suma importância para as decisões da vida dos povos, sendo que, devido a isso, quem praticava crime deveria ser punido para se redimir com os Deuses (BITENCOURT, 2000).

Diante do exposto, segundo Caldeira (2009), o método de saber se o indivíduo realmente praticou o crime era, por exemplo, solicitando que ele andasse sobre o fogo, sendo que se caso não resultasse queimaduras de tal ato, seria declarado inocente, mas caso resultasse, seria tido como culpado. Portanto, tal método baseava-se em algo impossível, tendo em vista que não é da natureza e resistência do ser humano agüentar tamanha atrocidade.

Por fim, ocorreu o surgimento da fase de vingança pública que, de acordo com Bitencourt (2000), foi o momento em que a pena deixa de ser aplicada por terceiros, passando a ser aplicada pelo Estado, ou seja, invés da própria vítima ou seus familiares aplicarem a punição, passa o Estado a usufruir tal papel.

2.8.2 Idade Média

Conforme recorda Bitencourt (2000, p. 405), “durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece”.

A idade Média ficou conhecida em decorrência da predominância do direito germânico, sendo que, conforme relata Zaffaroni (2004), a então predominância germânica perdurou desde o século V até meados dos séculos XI. d.C.

Os meios utilizados para punir o autor de ato ilícito como lembra Bitencourt (2000), eram os mais cruéis, como a morte, amputação de membros, queimadura e etc.

Ainda, conforme Bitencourt (2000), durante essa época, surgiram dois novos

métodos de prisão, a prisão realizada pelo Estado e a prisão Eclesiástica. Nesse sentido, entendia-se por prisão do Estado, aquela que prendia somente indivíduos que atentassem contra o poder Estatal, sendo que era dividida em duas formas: prisão-custódia, que nada mais era do que deixar o acusado esperando a pena que lhe será aplicada em virtude de crime praticado e, ainda, a denominada de detenção, que era aquela onde o acusado permanecia preso pelo resto de sua vida ou até ser perdoado.

Por outro lado, a prisão eclesiástica, era a utilizada como meio de punição as infrações praticadas contra a Igreja, sendo que os indivíduos permaneciam presos para que orassem e, conseqüentemente, se arrependessem do mal praticado por eles (BITENCOURT, 2000).

Ademais, ainda conforme Bitencourt (2000), a prisão Eclesiástica era mais humana que a prisão de Estado, tendo em vista que não utilizava meios cruéis para a punição, sendo que a ideia dessa prisão baseava-se no fato de que o delinquente enquanto estivesse preso poderia refletir a respeito de sua vida e em relação ao que praticou para estar ali.

Desse mesmo modo, Caldeira (2009) também destaca que a prisão eclesiástica tinha como objetivo fazer com o que o acusado pensasse no crime que praticou.

Por fim, cumpre destacar que foi de suma importância o Direito Canônico para a pena de prisão moderna, tendo em vista que foi a partir desse momento que surgiram as primeiras ideias para a criação de uma “penitenciária” (BITENCOURT, 2000).

2.8.3 Idade Moderna

Como recorda Bitencourt (2000), foi em decorrência das diversas guerras religiosas que assombram a França em meados dos séculos XVI e XVII que deu ensejo à pobreza. Diante disso, os infelizes não tinham outro meio de manter sua sobrevivência senão com o meio criminoso, sendo que furtavam, matavam e roubavam. Contudo, embora tenham praticado em virtude de desespero tais ações, os mesmos eram até enforcados como meio de punir o que haviam feito.

Todavia, em virtude de toda essa selvageria que assombrava França nesse período, fez-se necessário a criação de meios de punição que não levassem os indivíduos a morte.

A respeito disso, Hentig (1967), devidamente citado por Bitencourt (1993, p. 23):

tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritualmente fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes, tinha ficado para trás tinha que se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exercícios estrangeiros tinham feito.

Ademais, por volta da metade do século XVI, conforme lembra Bitencourt (1993), foi iniciado um projeto o qual visava à criação de penitenciárias, cuja finalidade era a reeducação dos infratores, mas sem que ocorresse por meio de terceiros. Ainda, a fim de evitar maiores delongas, cabe esclarecer que houve outros fatores importantes a partir da iniciativa desse projeto para a construção de penitenciárias.

Por fim, cumpre destacar que a pena privativa de liberdade surgiu em decorrência dos efeitos negativos que tinha a pena de morte na sociedade, tendo em vista que não reduzia o número de crimes praticados pelos delinquentes.

Nesse sentido, Hans Von Hentig (1967), citado por Bitencourt (1993), destaca que a pena privativa de liberdade surgiu como uma revolução social, pois possuía uma grande importância, tendo em vista que buscava reeducar os delinquentes e, devido a isso, a pena de morte restou praticamente abolida, uma vez que havia surgido algo mais eficaz.

Pelo exposto, pode-se concluir que a pena privativa de liberdade trouxe consigo essa marca que ficou registrada, tendo em vista que nasceu para acabar com a pena que foi por muito tempo aplicada, a pena de morte, e, conseqüentemente, para tornar-se um método justo e eficaz a ser utilizado contra os indivíduos que não respeitassem as leis.

3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Como sabemos, os princípios são de suma importância quando o assunto é Processo Penal e, devido a isso, minuciosamente destacarei os princípios que são englobados pelo nosso Sistema Penal.

3.1 Da presunção da inocência ou da não culpabilidade

Este princípio será o que mais estará presente no decorrer deste trabalho, pois possui grande ligação com o tema que está sendo debatido.

Lima (2016) destaca que tal princípio já foi muito bem representado na obra de *Dos Delitos e das penas* de Cesare de Beccaria, sendo que já havia um entendimento de que este princípio quer dizer que nenhum cidadão poderá ser considerado réu sem que, necessariamente, haja uma sentença proferida por um juiz, a qual diga que este cidadão é culpado.

Da mesma forma, a sociedade também não poderá julgar e retirar deste cidadão a proteção pública que ele tem, sem que haja a mencionada sentença proferida por um juiz de direito, considerando-o culpado por determinado fato (LIMA, 2016).

Cumprido destacar que os princípios do Processo Penal estão interligados com a Constituição Federal e, quanto a este princípio em especial, podemos dizer que além de estar previsto na Carta Magna, está previsto em diversas Declarações, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 11.1 (LIMA, 2016).

Na Constituição Federal, conforme lembra Alves (2015), encontra-se expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII, onde há a demonstração de que ninguém será considerado culpado por uma conduta delituosa, sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Em outras palavras, é o entendimento de que o réu é considerado inocente até o trânsito da sentença penal condenatória.

Como recorda Alves (2015) tal princípio interfere no Processo Penal, tendo em vista que a inocência do indivíduo é adquirida no momento de seu nascimento e este somente perderá com uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Contudo, para que seja possível alcançar esta sentença, é necessário passar por um processo e, dentro deste processo, há uma produção de provas. Partindo desse entendimento, importante destacar que esta averiguação de fatos e depoimentos fica a cargo da acusação, pois é da acusação o ônus de provar que o indivíduo praticou o crime.

Além disso, deverá ser observada a excepcionalidade quanto à aplicação de prisões cautelares, uma vez que caso exista um dos motivos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, poderá o indivíduo ser preso preventivamente e, conseqüentemente, ter sua liberdade restringida. Porém, caso inexista estes

fundamentos, faze-se necessário que o acusado responda em liberdade (ALVES, 2015).

Cunha (2016) lembra que a Carga Magna de 1988 não presume a inocência, mas que põe um fim a ela sem deixar que o acusado seja considerado culpado antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Ademais, Lima (2016) lembra que até entrar em vigor a Constituição Federal de 1988, o referido princípio existia implicitamente, em razão da existência do devido processo legal.

Igualmente, cumpre ressaltar que o princípio em comento, da forma como está previsto na Constituição Federal, não traz em sua letra a palavra inocente, diferentemente do que é possível observar nos Tratados Internacionais, ou seja, a Constituição Federal somente prevê que “ninguém será considerado *culpado*...”. Em razão disso é que dissemos que está previsto na Carga Magna a presunção da não culpabilidade (LIMA, 2016).

Lima (2016) ainda lembra que não há diferença alguma entre a nomenclatura que é dada ao referido princípio, qual seja, princípio da inocência ou da não culpabilidade, pois as duas formas são adotadas nas jurisprudências.

Importante mencionar que, conforme Lima (2016), o princípio em debate deve ser analisado conforme o texto constitucional, ou seja, a norma constitucional deverá sempre prevalecer frente às demais normas, Tratados e Convenções. Nesse sentido:

a Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. (LIMA, 2016, p. 20).

Outrossim, Jesus (2011) em sua obra reforça que o princípio da culpabilidade existe para mostrar que a pena somente poderá ser aplicada ao acusado caso ele tenha agido com dolo ou culpa, que merece um juízo de reprovação, uma vez que praticou um fato típico e antijurídico. Assim, entende-se que o acusado tinha outra forma de agir, porém preferiu praticar o delito, logo, está sujeito a essa análise de culpabilidade.

Da mesma maneira, Greco (2015) aduz que culpabilidade se refere ao juízo de reprovabilidade que se observa em face de uma conduta delituosa praticada pelo agente. Portanto, o sujeito tinha plenas condições de deixar de praticar o delito e resolveu que queria praticar, logo, sua culpabilidade passa a ser censurada, pois

poderia ser seguido o que diz ou o que veda a própria legislação penal.

Por fim, cabe ressaltar que este princípio possui forte ligação com os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a análise da culpabilidade que é realizada ao final do processo, deve ser observada a luz dos princípios assegurados e expostos na Constituição Federal de 1988.

3.2 Do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição é de extrema importância para o direito e processo penal. O princípio em comento visa assegurar ao acusado o direito de recorrer a uma instância superior para verificar se há alguma possibilidade de modificar uma decisão proferida pelo magistrado.

Nesse sentido, Bechara, e Campos (2005, www.jus.com.br) reforçam que o princípio do duplo grau de jurisdição está previsto na Constituição Federal, sendo que para alguns se origina da divisão atribuída ao Poder Judiciário e para outros não passa de um direito e recorrer da decisão que não foi satisfatória.

Há quem diga também que o princípio advém de um tratado internacional de direitos humanos. Não obstante, o princípio visa assegurar um reexame de uma decisão proferida por um magistrado, a fim de garantir que não haverá erro no tocante a decisão proferida (BECHARA, e CAMPOS, 2005, www.jus.com.br).

Prado (2015, www.emporiiododireito.com.br) aduz que a análise probatória compete ao juiz e que através dessa análise ele tomará sua decisão com convicção. No entanto, há a possibilidade, por intermédio de apelação e contrarrazões de apelação, por exemplo, de o Tribunal analisar novamente a decisão absolutória ou condenatória. Assim, mesmo sem ter apreciado diretamente as provas produzidas nos autos modificar ou manter a decisão proferida por um juiz singular.

Ademais, o próprio Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos asseguram o princípio do duplo grau de jurisdição ao expor que, quando o acusado for condenado culpado pela prática de um delito, este poderá recorrer para uma instância superior, a qual visa provar sua inocência (PRADO, 2015, www.emporiiododireito.com.br).

Da mesma forma, o Pacto de Direito Cíveis também prevê que todo o indivíduo que for considerado culpado terá direito de recorrer da sentença condenatória, bem como o próprio Pacto de São José da Costa Rica também assegura expressamente que todo acusado poderá recorrer ao Tribunal ou ao juiz da sentença (PRADO,

2015, www.emporiiododireito.com.br).

Takoi (2015, www.cartaforense.com.br) afirma que o princípio em comento visa diminuir os erros, assim, resta uma espécie de “medo” ao magistrado que proferir a decisão, pois, caso venha a ser proferida a decisão errada, em tese, o magistrado deverá cuidar para que o erro não se repita nas demais.

Há, no entanto, o entendimento de que esse princípio com o passar do tempo foi restringindo esse direito de recorribilidade das decisões condenatórias, uma vez que, existe o entendimento de que a possibilidade de recorrer sempre, na maioria das vezes, retarda o cumprimento da pena (TAKOI, 2015, www.cartaforense.com.br).

Ademais, importante ressaltar que o princípio do duplo grau de jurisdição embora seja declarado constitucional não é considerado um princípio absoluto, uma vez que sempre observar as demais normas previstas na Constituição Federal. Assim, podemos dizer que as leis que limitam a possibilidade de recorrer de uma sentença não violam o princípio em discussão, pois como já mencionado, não é absoluto, podendo ceder em face de outros valores que são protegidos pela Carta Magna de 1988 (TAKOI, 2015, www.cartaforense.com.br).

Por outro lado, Prado (2015, www.emporiiododireito.com.br) esclarece que no direito inglês o direito de recorrer é exclusivo da defesa, cabendo recurso da acusação somente no que se refere às decisões interlocutórias. Ainda, aduz que tal princípio para o direito inglês tem o condão de prolongar o direito de defesa, sendo que, já que o Tribunal não teve contato com as provas produzidas, assim como o juiz singular, não terá o Tribunal como julgar melhor.

Dessa forma, significa dizer que ao ser submetido a novo julgamento, recurso da decisão, o acusado novamente estará sendo submetido a um julgamento. No que tange à acusação, cabe ressaltar que deverá provar tudo da maneira mais convincente possível, a fim de convencer o juiz de que o acusado praticou o fato delitivo, pois caso não seja efetivamente provado o acusado poderá buscar através do Tribunal a reforma da decisão (PRADO, 2015, www.emporiiododireito.com.br).

Por todo o exposto, podemos concluir que o princípio do duplo grau de jurisdição é de extrema importância para o processo penal, pois assegura o direito ao acusado de recorrer de uma decisão que tenha entendido prejudicial para si, bem como o direito da acusação de buscar uma reforma da decisão a fim de agravar a situação do réu.

3.3 Da prova (*in dúbio pro reo*)

O referido princípio visa mostrar que o ônus de provar que o réu praticou o fato pelo qual está sendo acusado é da acusação, ou seja, cabe a esta provar que os fatos são verídicos. Portanto, não cabe ao réu provar que não praticou a infração e sim a acusação provar o contrário (LIMA, 2016).

Outrossim, com base nesse princípio, cabe a acusação observar se estão presentes alguns conseqüências, ou seja, deve demonstrar que o acusado foi realmente culpado pelo fato descrito na peça acusatória, comprovar que os fatos descritos na denúncia realmente ocorreram através de laudos, documentos e testemunhas, tudo com base no devido processo legal e, por último, deve deixar o acusado, por livre e espontânea vontade, relatar os fatos e, caso este não queira, deve lhe ser assegurado o direito constitucional de permanecer em silêncio (LIMA, 2016).

Ademais, Alves (2015), recorda que caso haja dúvidas quanto à pretensão acusatória do Estado e a culpabilidade do acusado, deverá prevalecer sempre a inocência dele, tendo em vista que o acusado é visto como parte hipossuficiente em relação ao Estado. Não bastasse isso, como já mencionado, o ônus de provar que o acusado é culpado fica a cargo da acusação, não cabendo ao réu provar a sua inocência. Tal entendimento não está previsto tão somente na Constituição Federal de 1988, pois, encontra-se presente também no atual Código de Processo Penal no seu art. 386.

Contudo, cabe ressaltar que o mencionado princípio não se aplica nos casos de oferecimento da denúncia e na sentença de pronúncia, pois nesses dois casos prevalece o entendimento de que, na dúvida, aplica-se o princípio *do in dúbio pro societate* (ALVES, 2015).

Lima (2016) ainda reforça que esse princípio se confunde com o princípio da inocência, tendo em vista que quando não se tem certeza de que o acusado realmente praticou o crime que lhe foi imputado, deve este indivíduo ser absolvido, pois é preferível absolver aquele indivíduo que tu não tem certeza que praticou o fato, do que condenar um inocente. Ademais, pode-se dizer que condenar alguém com base em dúvidas e descobrir que este condenado é inocente causa um maior prejuízo do que se tivesse absolvido-lhe.

O princípio do *In dúbio pro reo* não deve ser visto como uma simples apreciação de provas, pois ele deve ser observado no momento de valorar as

provas, ou seja, quando o juiz for analisar se o acusado é culpado ou não, deverá este analisar se tem a convicção de que o acusado praticou o crime que lhe é imputado, ou se tem dúvidas quando a autoria. Havendo dúvidas, como já mencionado, o correto a se fazer é utilizar desse princípio e absolver o réu (LIMA, 2016).

Por fim, cabe ressaltar que este princípio somente é utilizado e analisado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo em vista que depois desse momento não pode mais falar do princípio *in dubio pro reo*. Por exemplo, em caso de Revisão Criminal, o ônus de provar que a sentença que lhe foi aplicada está errada e que deseja provar que é inocente e todo do acusado. Contudo, nesse caso, não poderá o Tribunal decidir que, não havendo elementos probatórios suficientes, o acusado tenha que ser absolvido, pois já houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LIMA, 2016).

3.4 Do contraditório

Este princípio visa assegurar, não somente ao réu, como a qualquer parte o direito de defender-se contra aquela acusação ou prova que foi mencionada pela parte contrária no processo. A ideia então, é de fazer com que haja uma igualdade entre o direito que o Estado tem de punir o réu pelo parte de ato delitivo, mas também de assegurar a esse réu o direito de defesa e de provar sua inocência (ALVES, 2015).

Nesse mesmo sentido, Lima (2016), entende que o princípio do contraditório está interligado entre ambas as partes do litígio, podendo tanto o autor da ação penal como o réu fazer uso do contraditório. Ainda, há que de dizer que o princípio acima mencionado possui dois elementos, sendo eles, direito de informação e possível reação dos atos, ou seja, qualquer das partes deve ser informada que há uma prova ou alegação contra sua pessoa, bem como, caso esta parte queira, tenha o direito de se manifestar e, do mesmo modo, terá o direito de “contestar” o que lhe foi imputado.

Por oportuno, cumpre destacar que é essa informação possui forte ligação com o princípio em comento, uma vez que é impossível o acusado ficar ciente de que há uma prova ou alegação contra sua pessoa, caso não existisse esse princípio. Advém daí a importância dos atos de comunicações, como as intimações, citações e as conhecidas notificações, atos que são fundamentais e importantíssimos no nosso

Processo Penal (LIMA, 2016).

Outrossim, embora o Código de Processo Penal assegure o princípio do contraditório, como já comentado, cabe ao réu verificar se possui interesse ou não em se manifestar. No entanto, essa regra vale para processos na esfera Cível, pois no caso de Processo Penal não há possibilidade de o acusado ser julgado sem uma defesa técnica. Portanto, mesmo que o réu não procure um advogado ou Defensor Público, a norma penal, conforme art. 261 do Código de Processo Penal é rígida e deixa claro que ninguém será julgado ou processo sem defensor, mesmo que esteja foragido (LIMA, 2016).

Lopes Júnior (2016) esclarece que o magistrado deve ouvir ambas as partes sob pena de ser considerado imparcial, ou seja, de estar favorecendo algumas das partes. O princípio nada mais é do que dar a outra parte o direito de defesa, o direito de se manifestar a respeito de algo que foi prejudicial para si.

Cumprе ressaltar que o princípio do contraditório não é o mesmo que o da defesa, pois embora estejam interligados, cada um possui a sua finalidade. Contraditório é o direito de ficar ciente que há uma alegação ou prova contra si, e defesa, é o direito de contradizer o que foi alegado (LOPES JÚNIOR, 2016).

O contraditório deve ser respeitado sempre no processo penal, mas na fase processual, pois tal princípio não precisa ser aplicado durante a fase investigatória, ou seja, quando o acusado é chamado para prestar esclarecimentos na delegacia, pois há algum indício que ele tenha praticado algo, este acusado não fará uso do princípio em comento, uma vez que a lei não prevê esta opção (LIMA, 2016).

Por fim, Lima (2016) enfatiza que este princípio também está ligado com o princípio do juiz natural, uma vez que prevalece o entendimento de que toda a produção de provas deve ser realizada durante a presença de um juiz, sendo que este juiz que acompanhou todo o processo deverá proferir a sentença. Entende-se que as provas de acusação foram devidamente apresentadas ao juiz, assim como o contraditório foi realizado na presença deste mesmo magistrado.

3.5 Da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV. Como já mencionado, este princípio está interligado com o princípio do contraditório. Se for observado como algo que beneficia o réu, poderá ser visto como um direito, porém, se for olhado como uma forma de assegurar um

processo justo será visto como uma garantia (LIMA, 2016).

Para Alves (2015), o referido princípio visa assegurar ao réu inúmeras formas de defesa, uma vez que ele é a parte mais fraca da relação processual penal. Ainda, há o entendimento que há duas formas de defesa, a autodefesa e a defesa técnica. A primeira é a defesa realizada pelo próprio réu, sem a necessária presença de um advogado. A segunda é aquela que exige a presença de um advogado, sendo que em caso de falecimento ou renúncia deste, deverá o juiz intimar o réu para que constitua novo advogado.

Ademais, como há distinção entre o princípio analisado e o do contraditório, há que se falar que poderá ocorrer à violação deste, sem que haja prejuízo àquele. Menciono isto, pois o fato de deixar de intimar o órgão acusador, por exemplo, faz com que ele tenha violado o princípio do contraditório, pois não foi informado dos atos processuais. No entanto, o direito de defesa do acusado permanece intacto sem sofrer nenhum prejuízo (LIMA, 2016).

Para concluir, faz-se necessário ressaltar que há casos em que o princípio da ampla defesa faz com que o acusado seja posto em uma situação diferente da acusação, por exemplo, em caso de revisão criminal, a proibição da *reformatio in pejus* e do *in dubio pro reo* (LIMA, 2016).

4 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Conforme entendimento de Dezem (2016), muitas pessoas passam a analisar os três sistemas processuais penais sem ao menos entender o que é um sistema, o que dificulta uma maior compreensão desses institutos. Ademais, é possível dizer que a utilização dessa nomenclatura possui origem nas confusões trazidas pela doutrina e jurisprudência.

Destarte, entende-se por sistema toda a ordem de princípios jurídicos, sendo que na falta desse sistema, é possível dizer que o direito é um aglomerado de leis sem qualquer relação e, assim, o direito seria completamente sem sentido (DEZEM, 2016).

4.1 Inquisitivo

O sistema inquisitivo surgiu no direito penal romano, embora tenha ganhado maior destaque no período Canônico. O sistema em comento é característico pelo

fato de não haver uma divisão entre as funções exercidas pelos sujeitos do processo, ou seja, uma única pessoa exerce o direito de julgar, perseguir e acusar (DEZEM, 2016).

Nesse mesmo sentido, Lima (2016, p. 12):

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor.

Lima (2016) reforça que o fato de o juiz ser o responsável por acusar e conseqüentemente decidir a demanda, faz com que ele não seja imparcial, tendo em vista que, em tese, já sabe como que decidirá a demanda. Outrossim, nesse sistema não havia o chamado princípio do contraditório e sequer era assegurado ao acusado o direito de responder em liberdade, sendo que sempre permanecia preso preventivamente e ficava incomunicável com a defesa e pessoas.

Para Alves (2015), o sistema analisado ainda demonstrava a necessidade de a confissão ser considerada prova rainha no processo penal e, por isso, permitia-se a prática da tortura para que fosse possível fazer com o que o acusado confessasse.

Capez (2016) também entende que o sistema inquisitivo era sigiloso e, assim como os demais autores, entendia que não era possível utilizar o princípio do contraditório e poderiam utilizar a tortura para chegar à prova considerada rainha de todas: a confissão.

Ademais, nesse sistema o juiz, de ofício, pode requerer que sejam produzidas as provas que achar necessário, sendo que poderá requerer a produção das provas não só durante o curso do processo e sim durante o período de investigação, ou seja, durante o inquérito policial (LIMA, 2016).

Outrossim, há o entendimento de que no sistema inquisitorial o réu não passa de um mero objeto, pois sequer possui direitos e garantias. Fala-se em mero objeto, uma vez que, como já mencionado, a verdade real dos fatos pode ser “retirada” desse indivíduo da forma mais brutal por meio da tortura.

Thums (2006) também ressalta que o sistema inquisitivo tem como característica principal o fato de em um único órgão haver a junção da função de persecução e também de julgamento. Quanto às garantias do acusado, o autor menciona, assim como os outros autores, que tal sistema inviabilizava a as garantias

processuais ao acusado, sendo cabível a obtenção da prova de qualquer forma.

Há que se falar que o sistema inquisitivo não passou de um sistema poderoso e injusto, pois se trata de um sistema arbitrário e violento, representando, assim, uma fase extremamente obscura (THUMS, 2006).

Como recorda Thums (2006), com o passar dos tempos, o sistema inquisitivo, no direito canônico, se tornou a regra das justiças, pois começou a não haver nenhuma distinção entre os delitos comuns e religiosos, uma vez que os mesmos delitos denominados comuns também são os religiosos.

Ademais, impossível não mencionar que a defesa, como já dito, não faz parte desse sistema. Vigora o entendimento de que o acusado, por se presumir culpado, não necessita de defesa alguma, sendo que, quando se tratar de acusado inocente, caberá ao inquisidor verificar e absolvê-lo. Assim, tal sistema jamais se preocupou com os direitos humanos e as garantias do delinqüente (THUMS, 2006).

Incumbe destacar que na França, mais precisamente em meados do século XIV, surgiu um órgão específico para a função da persecução penal, o que com o passar dos tempos se denominou de Ministério Público. No entanto, o procedimento ainda vedava o principio do contraditório, entendia que o procedimento deveria ser escrito e secreto, uma vez que representava um poder absoluto, bem como exclusivo dos soberanos (THUMS, 2006).

Ademais, já no século XIX o sistema francês começa a reunir traços típicos do sistema acusatório, pois começaram a ser públicos os atos, a contar com a presença do acusador, da defesa, do acusado, a garantia do principio da ampla defesa e do contraditório, o direito de o acusado participar de todos os atos processuais, a observância do principio da correlação entre a denuncia e a sentença do magistrado e, por fim, a necessidade de provas idôneas para embasar a sentença penal condenatória (THUMS, 2006).

Por outro lado, na Itália, segundo Thums (2006, p. 209):

[...] o procedimento inquisitório apresenta a seguinte forma: denuncia secreta (delação) inicia o procedimento, com realização de atos secretos, inclusive o interrogatório do acusado. Se não estiver preso, cita-se o réu até três vezes; caso não compareça, decreta-se-lhe a revelia, sem preocupação com a defesa. O inquisidor apenas observa, na sentença, que o acusado não estava presente. Admitidas as provas, não se permite contestá-las. Um procedimento específico para o interrogatório admitia a tortura, que também está regulamentada, inclusive para a testemunha que oculta à verdade.

Por todo exposto, pode-se concluir que o sistema inquisitivo foi de extrema

importância para o direito penal, no entanto, foi um sistema bastante polêmico, pois não assegurava aos acusados quaisquer direitos.

4.2 Acusatório

Como recorda Thums (2006) o sistema acusatório ressurgiu através do Estado Democrático de Direito, pois se entende que esse modelo de sistema é predominantemente o mais utilizado, uma vez que viabiliza o direito do acusado de ter algumas garantias.

Nesse mesmo sentido, Lima (2016) explica que o sistema acusatório é utilizado, uma vez que, diferentemente do sistema anterior, há uma distinção entre as funções de defender, acusar e julga. Assim, há uma igualdade entre a acusação e a defesa, e de outro lado, há um juiz para decidir o caso.

Hoje, podemos dizer que os sistemas processuais estão interligados diretamente a uma Constituição, sendo que, Estados que tenham como característica o autoritarismo possuem como base o sistema inquisitorial, e aqueles que são Estados Democráticos de Direitos se baseiam no sistema acusatório (THUMS, 2006).

As principais características desse sistema são justamente a oralidade e a publicidade, sendo aplicado, finalmente, o princípio da presunção da inocência. Assim, prevalecia o entendimento de que o acusado deveria permanecer solto durante todo o processo (LIMA, 2016).

Importante marco histórico desse sistema ocorreu em Portugal, uma vez que foi editada uma nova Constituição, a qual previa que processo deveria necessariamente ter uma forma acusatória, devendo, inclusive, ser respeitado o princípio do contraditório. Logo, percebe-se que foi um momento importante para o processo penal em Portugal (THUMS, 2006).

Cumprido ressaltar que, como recorda Thums (2006) foi de suma importância também para a Espanha, uma vez que também foi adotado o sistema acusatório, no entanto, foi mantida a legislação infraconstitucional e, conseqüentemente, não foi aderido ao sistema acusatório, uma vez que o código que estava em vigor era de 1808.

Ademais, retomando ao sistema propriamente dito, cabe ressaltar que nesse sistema era vedado ao magistrado, de ofício, determinar a produção de provas, uma vez que prevalecia o entendimento de que estas deveriam ser produzidas e levadas

ao processo unicamente pelas partes, pois somente assim seria possível dizer que o juiz era imparcial. Tal imparcialidade ocorre somente se o juiz em nada interferir no processo, logo, o sistema acusatório vedava a participação do magistrado justamente para assegurar um processo justo, onde o magistrado decidiria sem ter qualquer conhecimento dos fatos e das provas antes do momento oportuno (LIMA, 2016).

Assim, recorda Lima (2016) em sua obra que o sistema acusatório visa que as provas é unicamente função das partes. Logo, cabe ao acusado provar sua inocência e a acusação fazer prova de que os fatos mencionados a conduta praticada pelo acusado realmente existiram e que fora o acusado quem os praticou. Devido a isso, o sistema acusatório possui essa característica que o diferencia do sistema inquisitorial, pois as partes possuem funções distintas do magistrado, vigorando o entendimento de que o autor da ação penal e o réu constroem através desse processo justo a verdadeira justiça dos fatos, sem que haja qualquer interferência do juiz durante o processo.

Nesse sentido, Lima (2016, p. 14):

É características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

Importante ressaltar que o sistema acusatório está previsto na Carta Magna no artigo 129, inciso I, o qual dispõe que é função do Ministério Público promover a ação penal, justamente na forma da lei. Dessa forma, há que se atentar que a função de impulsionar o processo penal é do Ministério Público, ficando vedado ao magistrado agir de ofício na fase investigatória, pois tal atribuição é restrita do Ministério Público e das autoridades policiais (LIMA, 2016).

Por oportuno, cabe referir que Thums (2006) também traz seus apontamentos quanto ao sistema acusatório. Aduz o autor que o sistema não permite que o processo seja raso, ou seja, sem justa causa, uma vez que o próprio juiz poderá rejeitar a peça acusatória se caso falta justa causa da ação penal.

Por outro lado, o processo penal pelo modelo acusatório possui também a característica de que o juiz pode condenar ou absolver o acusado, ou seja, se a defesa sustenta que é caso de absolvição, mas o magistrado entende que a provas são suficientes no sentido de condenar o acusado poderá o juiz condenar com base

nas provas (THUMS, 2006).

Vale recordar que no sistema acusatório o órgão acusador tem o ônus de provar que o acusado cometeu o delito com provas capazes de comprovar a ocorrência do delito. Assim, não cabe ao juiz sair à procura de provas para comprovar a prática delitiva do acusado, pois se assim fizesse estaria “quebrando” o verdadeiro significado do sistema acusatório (THUMS, 2006).

Por outro lado, compete ao acusado trazer provas aos autos que possam provar sua inocência, que possibilitem uma causa de diminuição de pena ou até mesmo algum fator que possa desclassificar o crime para outro. Por exemplo, se a acusação aduz que o réu praticou o crime de homicídio, incumbe ao acusado provar que agiu sob alguma causa de exclusão de culpabilidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc..) ou algum fator que possa desclassificar para outro crime, inclusive, dependendo do crime, alterar a competência para um juiz singular, ou seja, a competência que antes eram do tribunal do júri para ao juiz singular (THUMS, 2006).

No que tange aos fatos negativos, cabe ressaltar que não é competência do acusado provar que não praticou o delito se a acusação não possuía provas cabíveis de assegurar que foi o acusado o autor do delito, pois como já mencionado, o ônus de provar a existência do crime e a autoria é do órgão Ministerial (THUMS, 2006).

Thums (2006) aduz ainda que somente seja viável e possível pensar em acusação se o procedimento ocorrer da maneira já exposta até aqui, ou seja, deve haver uma separação visível entre esta e a defesa, uma vez que ambas possuem papéis distintos.

Nesse mesmo sentido Lima (2016) afirma que a posição e as funções de cada parte é o que diferencia o sistema acusatório dos demais sistemas, reafirmando o posicionamento do autor acima citado ao entender que cabe unicamente as partes a produção de provas, ressaltando que essa produção deverá sempre observar os princípios da ampla defesa, do contraditório, da publicidade dos atos e também o dever de motivação nas decisões.

Por fim, podemos concluir através de todos os pontos abordados em relação ao sistema acusatório que este é de suma importância para o direito penal e processo penal, uma vez que prioriza que as funções devem ser exercidas por pessoas diferentes, bem como que o acusado tenha assegurado todas as garantias constitucionais existentes.

4.3 Misto

O sistema misto teve origem através do sistema acusatório e do sistema inquisitivo. Como recorda Lima (2016, p. 16), tal sistema: “Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o Code d’Instruction Criminelle francês, de 1808. Por isso, também é denominado de sistema francês”.

Ademais, é denominado como sistema misto, pois está diretamente ligado com os dois sistemas anteriores, ou seja, havia a fase inquisitorial, onde prevalecia o entendimento de que o processo deveria ser escrito, secreto, sem um órgão específico para acusar e sem quaisquer garantias ao acusado de defesa em face das alegações. Todavia, havia também o sistema acusatório, tendo em vista que o órgão apresentava a imputação ao réu, contudo, ele poderia defender-se de tais alegações. Nas bastasse isso, nessa fase a figura do juiz não se confundia com a do órgão acusador, sendo competência do juiz singular decidir sobre os fatos que eram imputados ao réu (LIMA, 2016).

Lopes Júnior (2016) aduz que foi nesse momento que nasceu o órgão denominado de Ministério Público, sendo que quem primeiro aderiu ao sistema misto foi o Francês, como já mencionado anteriormente. No entanto, impossível não recordar que o sistema misto é falho por insuficiência em alguns aspectos, por exemplo, deixa de identificar o núcleo fundante.

No que tange essa insuficiência de núcleo fundante, cumpre ressaltar que a mera separação das funções de acusar e de julgar não são suficientes para se caracterizar tal sistema (LOPES JÚNIOR, 2016).

Assim, pode-se afirmar que não basta somente haver uma separação quanto à acusação para constituir um sistema acusatório, ou seja, faz-se necessário que se mantenha essa separação para que, somente assim, possa se falar em imparcialidade do juiz singular (LOPES JÚNIOR, 2016).

Ainda, vergonhoso falar em um sistema que proíbe o contraditório e a ampla defesa num país como o nosso, democrático. Dessa forma, imprescindível se faz a existência desses dois princípios para que haja um equilíbrio entre as partes no processo, uma vez que ao mesmo tempo em que sistema inquisitivo proíbe a presença desses dois institutos, o sistema acusatório abraça-os, tornando-os característicos desse sistema (LOPES JÚNIOR, 2016).

Lima (2016) reforça que quando entrou em vigor o Código de Processo Penal,

o entendimento majoritário era de que o sistema previsto no referido código era o misto, uma vez que a fase da denominada persecução penal (inquérito policial) era justamente inquisitiva. Contudo, com o passar dos tempos, mais especificadamente com a Constituição Federal, passou-se a entender que o sistema era o acusatório, uma vez que a Carta Magna previa expressamente a separação de funções dos órgãos e assegurava ao acusado os princípios constitucionais, inclusive o princípio da não culpabilidade, o qual é de suma importância para esse trabalho.

Assim, pode-se dizer que o sistema misto não é um sistema acusatório puro, uma vez que o Código de Processo Penal foi inspirado em um modelo italiano, sendo inadmissível uma delimitação do sistema brasileira em face do código, tendo em vista que as leis, como já exposto, devem ser interpretadas com base nos princípios constitucionais, os quais estão expressamente previstos em nossa Carta Magna (LIMA, 2016).

Por outro lado, o autor Lopes Júnior (2016) recorda em sua obra a confusão de aceitação do sistema inquisitivo e acusatório para o surgimento do então sistema misto, uma vez que afirma que o Código Napoleônico de 1808 deu origem a sistema chamado de monstruoso, qual seja, o sistema misto.

Chama-se monstruoso, pois a prova é colhida e produzida através de um sistema inquisitivo, ou seja, as provas que são produzidas nessa fase não são baseadas em princípios constitucionais, uma vez que não há a possibilidade de o acusado defender-se das alegações que lhe são imputadas. Dessa forma, já na fase de judicial, o papel do juiz é de sentenciar com base em provas que foram produzidas na fase inquisitorial, tendo em vista que, na verdade, as provas que são produzidas na fase judicial são somente para corroborar as que anteriormente já foram produzidas (LOPES JUNIOR, 2016).

Portanto, enquanto não existir um sistema unicamente acusatório, ou seja, onde as provas são produzidas observando-se os princípios constitucionais estaremos diante de fraude de sistemas, pois na verdade não é possível assegurar que o juiz ao proferir sua sentença não levou em conta somente às provas que foram produzidas no inquérito policial (LOPES JÚNIOR, 2016).

Da mesma maneira, Lopes Júnior (2016) também ressalta a importância de analisar que não basta tão somente uma divisão nas funções de acusar e julgar. Portanto, o problema não está na separação de funções e sim na autonomia que o juiz possui, por exemplo, o fato de o magistrado desclassificar de um delito para outro, por si só viola o sistema, pois se não há provas para condenar por roubo,

inviável desclassificar para furto para somente conseguir condenar o acusado.

Assim, prepondera o entendimento de que o sistema acusatório atual está interligado com o princípio do contraditório e, principalmente, com o princípio da imparcialidade do juiz, pois se entende que o juiz não deve ter qualquer ligação com a produção de provas e as partes, sendo somente assim possível aduzir que o juiz foi imparcial ao decidir determinado caso (LOPES JÚNIOR, 2016).

Nesse sentido, Lopes Júnior (2016, p. 165):

todas as questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. (grifos originais).

Dessa forma, Lopes Júnior (2016) reforça o entendimento de que não basta pensar que o sistema acusatório contemporâneo está correto o suficiente pelo simples fato de ter havido a separação de funções entre a acusação e o julgador. Portanto, quanto mais distante das partes o juiz permanecer, maior será sua imparcialidade e, assim, podemos dizer que o processo penal não está eivado de fraudes.

Não obstante o exposto, impossível não falar em sistema misto sem mencionar a questão da obtenção dos meios de provas, ou seja, no sistema misto a prova é obtida de qualquer maneira, uma vez que tal sistema não possui uma tolerância quanto aos meios empregados, pois a prioridade é a de conseguir fazer com o que acusado confesse o delito, seja através da tortura ou não (LOPES JÚNIOR, 2016).

Para que tenhamos um sistema correto é necessário que o Código de Processo Penal, que é de 1941 seja observado à luz da Carta Magna, bem como que todas as demais leis que possuem ligação com o direito e processo penal estejam em acordo e sintonia com a Constituição Federal, pois esta é possui direitos e deveres que devem ser aplicados ao acusado mais atuais (LOPES JÚNIOR, 2016).

Por fim, como pôde ser notado no decorrer da discussão, o sistema misto também possui um papel importante no ordenamento jurídico, mas ao mesmo tempo é um sistema contraditório, podemos dizer assim, pois defende a existência de em um mesmo sistema haver outros dois sistemas completamente diferentes, uma vez

que um não assegura quaisquer garantias ao acusado e o outro prevê uma separação de funções da acusação e do julgador, bem como o direito do acusado ter garantias constitucionais resguardadas.

5 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Busco, neste momento, adentrar na discussão do presente trabalho. Assim, vamos analisar se é possível fazer com o que acusado cumpra a pena que lhe foi imposta por um juiz singular e mantida pelo Tribunal de Justiça provisoriamente, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução provisória da pena será dividida em alguns momentos, entre eles dois habeas corpus que foram julgados sobre o referido tema.

5.1 Habeas Corpus n.º 84.078-7 e a impossibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Até meados de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia que aquele que foi condenado a uma pena privativa de liberdade e restritiva de direitos não poderia cumprir as penas antes de ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Habeas Corpus n.º 84.078-7, que possui como relator o Ministro Eros Grau, analisou o recurso interposto por um indivíduo que foi condenado por tentativa de homicídio pelo plenário do júri.

O Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br), ao relatar os fatos, aduziu que o Ministério Público requereu a prisão do condenado por acreditar que este poderia fugir de sua cidade para não cumprir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta. Ademais, a prisão preventiva do acusado/condenado foi decretada.

Ocorre que, como abordado pelo Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br), o artigo 637 do Código de Processo Penal prevê que o recurso extraordinário, ou seja, meio de “chegar” até ao Supremo Tribunal Federal, não possui efeito suspensivo, logo, poderá ser executada a sentença.

No entanto, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 105, veda o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como a própria Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso

LVII, prevê que sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há que se falar em culpado.

Ademais, afirma o Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br) que se as penas restritivas de direitos não podem ser executadas antes do trânsito em julgado, inevitável falar que as penas privativas de liberdade podem, uma vez que a Corte deverá tratar todas da mesma maneira observando sempre o princípio da isonomia.

O Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br) enfatizou que se a Corte entendesse que deveria ser denegado o habeas corpus impetrado, estariam diante de catástrofe, pois fechariam os olhos para o que prevê a Constituição Federal, logo, referia-se ao princípio da presunção da inocência, tendo em vista que a inexistência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado não faz o suposto acusado culpado.

Assim, caso deixasse de observar o que prevê a nossa atual Constituição Federal, os próprios Ministros se tornariam seres piores que os delinquentes, visto que estariam rasgando a Carta Magna como se nada ela significasse para o ordenamento jurídico.

Outrossim, ao fundamentar sua decisão, O Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br) esclareceu que a prisão antes de haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente poderá ocorrer em caso de prisão cautelar. Entende-se por prisão cautelar as espécies de prisões existentes em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante, o que não ocorreu no caso do julgado do habeas corpus n.º 84.078-7.

Para falar em execução provisória da pena, é necessário lembrar que sempre deverá ser assegurado o direito a ampla defesa ao acusado que foi condenado por um juiz singular e que foi novamente condenado por um Tribunal de Justiça. Tal afirmação quer mostrar que se existe a ampla defesa na fase judicial porque ela não existirá quando for impetrado um recurso extraordinário, por exemplo.

Desse modo, o Ministro Eros Grau (2008, p. 08, www.stf.jus.br) defendeu que a ampla defesa deve ser observada em todas as fases do processo, inclusive em grau de recurso:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se for ampla, abrangem todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar à pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Como já mencionado, a própria Lei de Execução Penal prevê o princípio da presunção da inocência, admitindo-se o cumprimento das penas que são impostas aos acusados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como a Constituição Federal traz em seu texto a garantia de tal princípio, sendo que as demais normas devem curvar-se a Carta Magna, uma vez que esta é superior as demais e deve ser respeitada sempre (MINISTRO EROS GRAU, 2009, www.stf.jus.br).

Então, a Suprema Corte entendeu que a execução provisória da pena é incompatível com a Constituição Federal, justamente por ferir os princípios constitucionais, em especial o princípio da culpabilidade. Ainda, ao ser antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado sofre uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, caso venha a ser solto pela Suprema Corte, por exemplo, já terá sua dignidade ferida (MINISTRO EROS GRAU, 2009, www.stf.jus.br).

Da mesma forma, a Suprema Corte entendeu que não se podem generalizar todos os casos, assim, aquele indivíduo que recorreu alegando que havia uma nulidade processual, mas que na verdade não existia ou que era uma nulidade falsa, não estará legalmente amparado por tudo que já foi exposto anteriormente. Assim, o mero fato de alegar algo que sequer existia para retardar ainda mais o processo não garante ao acusado a não execução da pena privativa de liberdade (MINISTRO EROS GRAU, 2009, www.stf.jus.br).

Não obstante, o Ministro Eros Grau (2009, www.stf.jus.br) reforçou que todos os acusados são pessoas normais e de direitos, ou seja, não podem ser tratados como objetos processuais e sim como qualquer cidadão que possui direitos assegurados em uma Constituição Federal. Portanto, inadmissível aduzir que podem ser presos antes de ter havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que terão a dignidade completamente violada.

Por fim, o Ministro Eron Grau (2009, www.stf.jus.br) esclareceu que a Suprema Corte, a partir desse julgado, observaria sempre a Constituição Federal e sob nenhuma hipótese agiria em desacordo com a mesma, sob pena de violar e “rasgar” todos os importantes direitos existentes nela.

Pelo exposto, conclui-se que o julgamento desse Habeas Corpus foi muito importante, pois aplicou exatamente o texto normativo da Carta Magna, ou seja, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que deveria ser seguido o que a Constituição Federal dispõe por ser ela uma lei maior. Assim, tornava-se

impossível o indivíduo começar a cumprir a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

5.2 Habeas Corpus n.º 126.292 e a possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Diferentemente do que vinha decidindo, em 2016 o Supremo Tribunal Federal literalmente surpreendeu a todos, uma vez que admitiu a possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade após a confirmação da decisão da sentença condenatória pelo Tribunal de Justiça.

No referido habeas corpus, entendeu-se que não há violação ao artigo 263 do Código de Processo Penal, o qual prevê que nenhum indivíduo poderá ser preso, salvo caso de prisão em flagrante, bem como quando houver uma decisão devidamente fundamentada autorizando a prisão. Além dessas hipóteses, o dispositivo em comento prevê a possibilidade de prisão quando houver uma sentença penal condenatória que já tenha transitado em julgado, ou se necessária for à decretação da prisão no curso da investigação, em razão de uma prisão preventiva ou até mesmo temporária.

O referido habeas corpus foi impetrado com intuito de libertar um condenado a prática de crime de roubo. No entanto, foi indeferida a liminar com as justificativas que serão abordadas abaixo.

Inicialmente, o Ministro Teori Zavascki (2016, www.stf.jus.br) aduziu que deverá haver uma verdadeira análise do princípio da presunção da inocência juntamente com a efetividade da função jurisdicional, tendo em vista a atual situação do nosso país. Assim, defendeu que não basta olhar somente para os direitos do acusado e deixar de lado as necessidades da sociedade brasileira.

Ademais, o pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que, analisando o recurso de apelação e mantendo eventual condenação, não existe nenhum empecilho para que o condenado inicie o cumprimento de sua pena, sendo que os próximos recursos, extraordinário ou ordinário, se interpostos, não possuem efeito suspensivo, logo, não obstatam o início do cumprimento da pena (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

A repugnante justificativa do Ministro Teori Zavascki (2016, www.stf.jus.br) é a de que por diversas vezes a Corte Suprema já havia decidido que dar início ao

cumprimento da pena antes do trânsito em julgado em nada interfere no princípio da não culpabilidade, ou seja, tal posicionamento estaria de pleno acordo com o texto Constitucional.

Outrossim, cumpre ressaltar que no referido recurso foi defendido que o princípio da não culpabilidade, embora de extrema importância, existe somente até o momento em que o acusado seja condenado a uma pena privativa de liberdade, assim, após eventual condenação a ser ou não reexaminada pelo Tribunal de Justiça, o indivíduo presume-se culpado, afastado-se a ideia de assegurar-lhe o princípio da culpabilidade (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

Não obstante, há o entendimento de que a análise probatória é realizada pelo juiz singular e pelo Tribunal, em caso de recurso de apelação, ou seja, os recursos que possam ser interpostos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal visam discutir questões de direitos, sendo assim, em tese, já estaria nesse momento concretizado grau de culpabilidade do acusado, uma vez que os recursos interpostos para estes dois últimos não possuem efeito suspensivo (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

Ainda, preserva-se o entendimento de que o recurso extraordinário não interfere do pressuposto da não culpabilidade, pois durante todo o processo foi assegurado ao acusado o direito de defesa, bem como observadas todas as regras pertinentes a produção de provas e, como já mencionado, os Tribunais Superiores não analisam provas, sendo que dificilmente irão modificar a situação aplicada ao sentenciado (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

Importante salientar que a justificativa da Suprema Corte foi a que muitos sentenciados interpõem recursos a fim de protelar o cumprimento da pena, seja através de uma eventual prescrição ou não. Assim, justificam que é dever do Poder Judiciário e principalmente do Supremo Tribunal Federal garantir que o acusado seja punido pelo ato delituoso que ele praticou, buscando evitar que se passe em branco o ato praticado. Entende-se que nesse caso existe uma harmonia entre o princípio da culpabilidade e da efetividade jurisdicional (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

Sustentam também que o acusado jamais será prejudicado em caso de eventuais erros proferidos pelas instâncias ordinárias e superiores, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entende que sempre haverá uma medida judicial cabível para solucionar qualquer problema, ou seja, acreditam que o acusado poderá retornar ao seu estado anterior através de uma medida judicial a ser tomada

(MINISTRO TEORI ZAVASCKI, 2016, www.stf.jus.br).

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin (2016, www.stf.jus.br) sustentou que a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é a de resolver através de recursos eventuais injustiças que possam ter sido praticadas, aduzindo que incumbe às instâncias ordinárias analisarem as questões das provas e que a finalidade que a Carta Magna prevê ao disponibilizar a possibilidade de o acusado interpor recurso especial e extraordinário é contrária ao entendimento que muitos possuem de que seria o de novamente analisar a caso em concreto.

Nesse sentido, Ministro Edson Fachin (2016, p. 23, www.stf.jus.br):

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Por fim, o Ministro Edson Fachin (2016, www.stf.jus.br) enfatizou que, se for analisado o princípio da presunção da inocência de maneira absoluta, entender-se-á que jamais o acusado irá cumprir a pena que lhe foi imposta, uma vez que sempre interporá algum recurso a fim de retardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Luis Roberto Barroso (2016, www.stf.jus.br) aduziu que, até o ano de 2009, havia o entendimento de que o sentenciado poderia cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que após ser julgado o habeas corpus que já foi objeto de discussão nesse trabalho, o entendimento foi que o sentenciado não poderia cumprir a pena antes de haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que violaria o princípio da presunção da inocência.

Assim como o Ministro anterior, Luis Roberto Barroso (2016, www.stf.jus.br) sustenta que o antigo posicionamento visava, na maioria dos casos, a prescrição da pretensão punitiva e defende que o princípio da não culpabilidade deve ser interpretado não de maneira absoluta, mas sim de uma maneira mais ampla, priorizando a defesa e os interesses da sociedade.

Outro ponto suscitado pelo Ministro Luis Roberto Barroso (2016, www.stf.jus.br) é que a condição de início de cumprimento da pena privativa de liberdade não está condicionada ao esgotamento de todas as esferas recursais, mas sim a uma decisão devidamente fundamentada por uma autoridade competente,

uma vez que a prisão poderá ocorrer tanto na fase pré-processual quanto na fase processual sem que se fira o princípio da não culpabilidade.

Entende-se que o princípio da presunção da inocência não passa de um mero princípio, o qual não possui caráter absoluto e, logo, não pode ser considerado regra. Assim, há de falar que deverá haver uma ponderação entre tal princípio com os atuais acontecimentos, podendo aquele ser ignorado em face dos interesses da sociedade (MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO, 2016, www.stf.jus.br).

Outrossim, foi reforçado o entendimento de que as instâncias superiores não analisam questões probatórias e, por isso, a culpabilidade já vem superada aos Tribunais, bem como que durante a fase processual a culpabilidade do acusado aumenta na medida em que as provas vão se concretizando e a verdade, em tese, vem a tona (MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO, 2016, www.stf.jus.br).

Não obstante, o Ministro Luis Roberto Barroso (2016, www.stf.jus.br) sustenta que o fato de haver uma condenação pode-se dizer reafirmada pelos Tribunais de Justiça já se presume algumas certezas, como por exemplo, a autoria do delito, a materialidade, a impossibilidade de novamente ser discutido as questões que envolvam as provas que já foram produzidas no curso do processo.

Por outro lado, a sustentação do voto baseou-se no fato de que a sociedade poderá entender que o judiciário não está cumprindo com o seu papel ao permitir que o acusado esteja recorrendo em liberdade e, ao mesmo tempo, que o próprio acusado já não acredita que irá cumprir a pena que lhe foi imposta (MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO, 2016, www.stf.jus.br).

Por fim, há o entendimento que a mudança de entendimento contribui para evitar que sentenciados com maiores recursos financeiros possam cada vez mais procrastinar o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, assim, sentenciados por crimes de colarinho branco, por exemplo, não poderão mais pensar que recorrendo de forma interminável poderão se “safar” da pena que lhe foi imposta (MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO, 2016, www.stf.jus.br).

Diferentemente dos Ministros anteriores, a Ministra Rosa Weber (2016, www.stf.jus.br) aduziu que não concorda com a mudança da jurisprudência, uma vez que a Constituição Federal deverá ser respeitada, não justificando o simples fato dos problemas que a sociedade está vivenciando, bem como a existência de interposição de recursos meramente protelatórios.

O Ministro Luiz Fux (2016, www.stf.jus.br), em seu voto, enfatizou que entende que não há violação ao princípio da não culpabilidade, uma vez que o fato

de o acusado ter passado por toda a fase processual e ser condenado já torna possível presumir ser ele culpado pelo fato que lhe foi imputado.

Ademais, foi suscitado que a análise probatória fica a cargo dos juízes e dos Tribunais, logo, recursos interpostos as instâncias superiores dificilmente encontrarão alguma nulidade ou inconstitucionalidade da decisão proferida pelo juiz singular, a qual já foi analisada novamente por um Tribunal (MINISTRO LUIZ FUX, 2016, www.stf.jus.br).

Por fim, o nobre relator ressalta que se a sociedade não está mais consonância com os dispositivos Constitucionais, impossível aduzir que está sendo violado o dispositivo constitucional pelo simples fato de um novo entendimento ser formado para atender as necessidades da sociedade (MINISTRO LUIZ FUX, 2016, www.stf.jus.br).

A Ministra Cármen Lúcia (2016, www.stf.jus.br) sustentou que não há violação ao princípio da não culpabilidade, uma vez que o dispositivo se refere ao fato de que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no entanto, não há vedação ao cumprimento da pena provisória.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes (2016, www.stf.jus.br) referiu que o princípio em discussão não é regra, sendo que todas as provas são analisadas pelos juízes e Tribunais, cabendo aos Tribunais Superiores analisarem questões meramente de nulidades e inconstitucionalidades.

Ademais, referiu que, esgotadas todas as esferas ordinárias, a culpabilidade já se presume, sendo, na visão do nobre Ministro, possível o cumprimento da pena privativa de liberdade ainda que pendente de recurso, uma vez que tais recursos (extraordinários e ordinários) não influenciaram em uma nova análise probatória (MINISTRO GILMAR MENDES, 2016, www.stf.jus.br).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2016, p. 71, www.stf.jus.br):

Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo.

Além do mais, houve o entendimento que a presunção da inocência impõe o ônus a acusação de provar que o réu realmente praticou o delito, bem como se refere ao fato de o acusado possuir todos os seus direitos garantidos, impedindo-se assim, que o réu seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença

penal condenatória (MINISTRO GILMAR MENDES, 2016, www.stf.jus.br).

Devido ao exposto, o Ministro Gilmar Mendes (2016, www.stf.jus.br) destacou que, para ele, não há violação ao princípio em comento, uma vez que o tratamento “especial” deverá ser observado até a última instância ordinária, sendo que após não há óbice do Estado executar a pena que foi aplicada.

Por fim, assim como a maioria, foi acolhida a ideia de que o fato de o acusado cumprir a pena antes do trânsito em julgado não fere o princípio constitucional da não culpabilidade, aduzindo os inúmeros casos de processos que prescreveram em face da pendência de julgamentos de recursos (MINISTRO GILMAR MENDES, 2016, www.stf.jus.br).

Marco Aurélio (2016, www.stf.jus.br), inicialmente, reconheceu que o Estado é moroso quanto ao tempo em que leva para decidir determinado recurso. O processo Penal não pode esperar tanto tempo, o acusado não pode esperar meses para que seu recurso seja julgado. Ademais, causa estranheza o fato de somente a defesa recorrer e o acusado, logo após análise do Tribunal, encarcerá-lo.

Da mesma forma, foi defendido que se há algo previsto na Constituição Federal é porque não se admite maiores interpretações, logo, é sim algo absoluto e deve ser respeitado. E quanto ao fato de o acusado ser condenado e absolvido posteriormente, há quem diga que ele não terá sua liberdade e dignidade infringida, no entanto, resta evidente que terá sim, uma vez que jamais retornará ao estado anterior (MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2016, www.stf.jus.br).

Por fim, cumpre ressaltar que houve o entendimento de que a Carta Magna deve ser respeitada e o princípio da não culpabilidade interpretado exatamente como está previsto na Constituição, evitando-se, assim, que, futuramente, algum indivíduo venha a ser condenado a prática de um delito, que seja submetido ao início do cumprimento de sua pena e, mais tarde, em face de um recurso interposto, venha a ser absolvido e jamais retorne ao seu estado anterior, estado este que a sociedade não o vê mais (MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2016, www.stf.jus.br).

Celso de Mello (2016, www.stf.jus.br) sustentou, brilhantemente, que o princípio da presunção da inocência vem da antiguidade, ou seja, existe a longo período e demonstra uma verdadeira luta contra a opressão e o abuso que o Estado possui.

Não obstante, o princípio da inocência transparece a ideia de democracia, a qual visa o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, ao permitir que alguém cumpra a pena antes de existir o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória, estará sendo aplicadas restrições que vão de encontro com o atual texto constitucional (MINISTRO CELSO DE MELLO, 2016, www.stf.jus.br).

Cumprido destacar que a ideia justamente de observar tal princípio é a de que impede que o Estado seja autoritário e haja como bem entender, logo, segundo o Ministro Celso de Mello (2016, p. 83, www.stf.jus.br) “[...] a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder [...]”.

Ademais, há duas regras que devem ser analisadas em face do tratamento despendido ao acusado: a primeira é a regra de tratamento, justamente o fato de que não se pode considerar alguém culpado até que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado. A segunda diz respeito às regras probatórias (MINISTRO CELSO DE MELLO, 2016, www.stf.jus.br).

Assim, o Ministro Celso de Mello (2016, www.stf.jus.br) reforça que não há uma previsão quanto à extensão de aplicação do mencionado princípio, uma vez que não existe uma espécie de delito que não esteja abrangido pela presunção de inocência, enfatizando também a importância do Supremo Tribunal Federal em proteger a Carta Magna, ou seja, de observar e aplicar os dispositivos que estão presentes em seu texto normativo.

Outrossim, não custa recordar que o princípio da presunção da inocência não está somente previsto na Constituição Federal, como também em importantes declarações internacionais e que o ônus de provar a culpabilidade do acusado incumbe ao Ministério Público, logo, quem deve demonstrar durante toda a fase processual que o acusado foi quem praticou o crime é o órgão acusador (MINISTRO CELSO DE MELLO, 2016, www.stf.jus.br).

Insista-se no fato de que enquanto não houver uma sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado, inviável se faz a alegação de ser o acusado culpado, pois, como já dito, são meros indícios e não existe nada, absolutamente nada, provado contra este indivíduo, assim, antes desse momento o Estado está proibido de tratar o acusado como se culpado fosse (MINISTRO CELSO DE MELLO, 2016, www.stf.jus.br).

Pelo exposto, importante acentuar que os recursos interpostos não podem ser observados como um eventual decreto absoluto, sob pena de descaracterizar e violar o que está previsto na Constituição Federal, bem como que a Lei de Execução Penal condiciona a necessidade de ter o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória para que se possa iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade (MINISTRO CELSO DE MELLO, 2016, www.stf.jus.br).

Por último, o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski (2016, www.stf.jus.br) firmou o entendimento de que o princípio da presunção da inocência está exposto na Constituição Federal de 1988 com todas as letras, sendo inadmissíveis maiores interpretações, pois se trata de um dispositivo taxativo.

Causa estranheza o fato de que em outro julgado houve o entendimento de que o sistema carcerário do Brasil era falho e inconstitucional, mas, agora, entende a Corte que poderá ser “jogados” para dentro do sistema prisional ainda mais pessoas. Ademais, estranho também o pensamento de que o acusado que ficar preso provisoriamente e que venha a ser considerado inocente em eventual recurso não receba o mínimo de apoio do Estado para, ao menos, tentar amenizar o lamentável período que esteve preso em situações precárias (MINISTRO PRESIDENTE RICARDO LEWANDOWSKI, 2016, www.stf.jus.br).

Por fim o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski (2016, www.stf.jus.br) alerta para uma situação extremamente preocupante e que já foi objeto de discussão: o fato da superlotação nas casas prisionais, tornando-se inviável e inacreditável que sejam presas ainda mais pessoas.

5.3 Do entendimento de que não pode o sentenciado cumprir pena após decisão de segundo grau

Tendo em vista a brusca mudança de entendimento, necessário, ainda, fazer uma reflexão de como chegamos até esse lamentável episódio.

Conforme recorda Freitas (2016, www.conjur.com.br) em seu artigo, que no ano de 1940 o Código de Processo Penal previa que mesmo com a possibilidade de recorribilidade da sentença penal condenatória o acusado teria de permanecer preso, salvo os crimes que possibilitassem a fiança.

No entanto, no ano de 1973, o presidente Médici sancionou uma Lei, a qual gera discussões, uma vez que foi criada para beneficiar o delegado Sérgio Fleury, o qual havia tido sua prisão decretada (FREITAS, 2016, www.conjur.com.br).

Com a criação da Constituição Federal de 1988, passou a ter o entendimento de que ninguém poderá ser considerado culpado sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, mudou a jurisprudência, aduzindo que não seria possível prender

o sentenciado sem o trânsito da sentença penal condenatória (FREITAS, 2016, www.conjur.com.br).

Não obstante, em 2016, em uma decisão recentíssima, a Suprema Corte novamente mudou de entendimento. Entendendo a maioria dos Ministros que pode sim o sentenciado iniciar o cumprimento da execução da pena após decisão de segundo grau, não sendo isso uma afronta ao texto normativo existente na Constituição Federal, considerada a lei maior.

Todavia, a presente mudança nos permite interpretar que estamos diante de uma violação inclusive ao princípio da ampla defesa, bem como de determinar que o Direito Penal torne-se completamente inflexível a cada caso.

Freitas (2016, www.conjur.com.br) muito bem lembra que a decisão que foi tomada levará a uma super lotação em presídios, o que já vem ocorrendo a longo período. Ou seja, o Estado não possui estrutura para prender ainda mais pessoas, uma vez que as que já se encontram presas estão em situação extremamente precária, a qual já viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto contra a decisão do Supremo Tribunal Federal possui vinculação com o texto normativo da Carta Magna. Assim, Gomes (2016, www.professorlfg.jusbrasil.com.br) enfatiza que o Supremo Tribunal Federal bateu de frente com a referida Carta Magna, sendo que, de guardião da Constituição Federal, pois é essa a função da Suprema Corte, passou a ser esturpador da Carta Magna.

Da mesma forma, Gomes (2016, www.professorlfg.jusbrasil.com.br) sustenta que a Suprema Corte rasgou a Constituição Federal, uma vez que simplesmente ignorou o que nela está previsto, aduzindo que somente assim será possível controlar e diminuir a criminalidade. Sem falar que o Supremo Tribunal Federal violou a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual também prevê que toda pessoa poderá recorrer em liberdade até que se comprove sua culpa.

Nesse sentido, é sabido que o correto para adotar tal entendimento seria adequar a Constituição Federal com o novo entendimento, e para realizar essa adequação faz-se necessário uma Emenda a Constituição Federal, o que não existe até o presente momento (GOMES, 2016, www.professorlfg.jusbrasil.com.br).

Ademais, Tasse (2016, www.migalhas.com.br) enfatiza que até ao presente momento ainda não houve a criação da referida Emenda Constitucional e que, por isso, não houve uma adequação ao princípio da presunção da inocência, sendo que não há como falar em execução provisória da pena sem a referida Emenda

Constitucional.

A propósito, com a apresentação da Emenda Constitucional já se estará concretizando tudo que foi explicado aqui, uma vez que não basta o Supremo Tribunal Federal somente alterar de entendimento, mas sim da verdadeira e correta alteração do texto existente na Constituição Federal, o que, como já mencionado, até o presente momento o parlamento não fez. Portanto, não basta tão somente buscar atender aos desejos da população e sim alterar o texto Constitucional vigente (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Tasse (2016, www.migalhas.com.br) aduz que a alteração de entendimento da Suprema Corte coloca em uma situação delicada o sistema jurídico adotado no Brasil, uma vez que, nos últimos anos, havia adotado determinado entendimento e, repentinamente, resolveu alterá-lo. Assim, devemos entender e aceitar que o sistema brasileiro se difere dos demais e que não podemos nos espelhar em outros, uma vez que nossa realidade é outra, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro busca, na verdade, dar ênfase as intermináveis discussões e posicionamentos que são quase sempre de caráter pessoal.

Portanto, o sistema jurídico brasileiro, ao invés de prestigiar as jurisprudências que existem, na verdade, as desprestigiam, mesmo que já consolidadas, pois prestigiam as manifestações de posicionamentos baseados em apelos da sociedade e em caráter meramente pessoal (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Importante ressaltar que o único caminho que pode ser adotado para solucionar os atuais problemas consiste no fato de observar o modelo jurídico adotado no Brasil sem observar os demais modelos, ou seja, aplicar o modelo que temos e não buscar em outros países a perfeição, uma vez que, como já reiterado, o Brasil está longe de poder ser comparado com um modelo alemão, por exemplo. Se for aderido a tal ideia haverá, finalmente, uma pacificação de entendimentos e a solução dos conflitos, bem como não haverá essa oscilação quase que contínua do Supremo Tribunal Federal (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Ainda, quanto ao entendimento da Suprema Corte, existe outro fator que devemos pensar com cuidado. É sabido que há dezenas de recursos pendentes para serem analisados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, recursos estes que versam, na maioria das vezes, sobre furtos que prevalecem o princípio da insignificância, pois são objetos de valores ínfimos que sequer atingem a esfera penal. Dessa forma, notório que muitas condenações serão

reformadas e muitos sentenciados podem ser absolvidos, logo, inevitável será o prejuízo que estas pessoas terão (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Assim, com esse exemplo, resta claro o perigo da atual decisão da Suprema Corte, uma vez que não é razoável que alguém cumpra pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que sequer ficou provado que houve tipicidade penal, pois o processo penal, nesse caso, nem deveria ter iniciado, o que já foi um erro do sistema jurídico penal (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Da mesma forma, Tasse (2016, www.migalhas.com.br) afirma que se a preocupação baseia-se no fato que irá ocorrer uma diminuição de interposição de recursos, o efeito será justamente o contrário, uma vez que terão que interpor outros recursos a fim de obter o efeito suspensivo, para que seja possível evitar o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que fará do sistema processual um sistema falho e sem credibilidade.

A conclusão que se pode obter dessa devastadora decisão é que a Suprema Corte está sendo mais rigorosa que o período de ditadura militar, uma vez que viola as garantias do sentenciado constitucionalmente previstas, pois o condenado em segundo grau inicia o cumprimento da pena e não poderá mais ser discutido, sendo que, caso seja reformada a sentença condenatória por um fato atípico, por exemplo, incumbe ao acusado o ônus de suportar, sozinho, as dores de uma prisão injusta porque há uma priorização da democracia e do apelo da sociedade (TASSE, 2016, www.migalhas.com.br).

Por outro lado, em seu voto, o Ministro Celso de Mello aduziu que o princípio da presunção da inocência é uma evolução histórica contra o abuso do Estado, o que não pode acabar sendo violado da maneira como já está sendo. Assim, por se tratar de uma evolução histórica, inviável se faz a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que se trata de uma garantia constitucional (BEZERRA, 2016, www.willyames.jusbrasil.com.br).

Ademais, a presunção da inocência não admite interpretações, ou seja, é exatamente o que está previsto na Carta Magna e ponto final. Trata-se de um princípio taxativo e categórico, não podendo ser relativizado, pois a Constituição Federal não admite relativização (BEZERRA, 2016, www.willyames.jusbrasil.com.br).

Por fim, Bezerra (2016, www.willyames.jusbrasil.com.br) recorda que seria necessário realizar uma Emenda a Constituição Federal para poder adotar o entendimento que foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, porém ele afirma que ainda assim seria necessária a criação de uma nova Constituição Federal, pois,

como prevê o artigo 60, §4º, inciso IV da Carta Magna, não será possível criar Emendas a Constituição se o objeto versar sobre garantias fundamentais. Portanto, o princípio em comento, na verdade, é uma cláusula pétrea e não é simples assim ser mudado, não bastando um mero descontentamento da Suprema Corte e um apelo da sociedade brasileira.

6 CONCLUSÃO

Com o estudo realizado no trabalho de conclusão de curso percebe-se que a discussão abordada é extremamente recente e polêmica, sendo que a maior abordagem é a violação ao princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade.

Assim, com intuito de trazer o tema à tona, no primeiro capítulo foi abordada a história do direito penal no período brasileiro, bem como nos períodos remotos. Logo, a abordagem do referido tema em comento possui enorme relevância, pois se trata de uma polêmica quanto ao sistema de aplicação da pena privativa de liberdade, motivo pelo qual se faz necessário analisar o surgimento da atual sistemática adotada.

Dessa forma, do primeiro capítulo extrai-se que a pena, desde os tempos antigos, possui como característica o fato de conter o indivíduo dentro de uma sociedade, ou seja, impõe limites aos indivíduos, com intuito de assegurar uma convivência tranqüila e a própria sobrevivência dos povos. É possível dizer que os indivíduos, para se tornarem mais fortes e para que fosse possível que eles sobrevivessem diante das dificuldades que enfrentavam naqueles tempos, juntavam-se com mais pessoas. Contudo, para que fosse possível alcançar os objetivos da aglomeração dessas pessoas, fazia-se necessário a existência de regras para regular essas pessoas em sociedade, sendo que aquele indivíduo que descumprisse a lei deveria ser punido.

Portanto, o conceito histórico de pena tem a haver com a necessidade de manutenção da ordem da sociedade, a qual funciona como um método de defesa para a sociedade.

A partir da pesquisa realizada com o presente trabalho torna-se inquestionável o fato de ter havido e ainda existir diversas formas de penas, sendo notável que as penas evoluíram, pois havia penas consideravelmente cruéis até chegarmos nas penas que existem hoje.

Sucintamente, importante ressaltar que, na Idade Média, as penas tinham o intuito de evitar que os deuses ficassem irritados, assim a pena que existia nessa época era a de imposição de sacrifícios e até mesmo de expulsões dos delinquentes. Com o passar dos tempos, surgiu a Lei de Talião, a qual previa a expressão do *“olho por olho, dente por dente”* como método de evitar o fim das tribos. Tal lei tinha o objetivo de punir aquele que praticou o delito, sendo que sua

conduta não seria capaz de se estender aos demais componentes do grupo.

Ademais, outro marco importante da Idade Média foram as penas cruéis, que visavam aterrorizar a sociedade, como, por exemplo, a amputação de membros, olhos e até mesmo a morte. Mais adiante surgiram as prisões eclesiásticas e, posteriormente, a pena privativa de liberdade ganhou ênfase e se expandiu pelo mundo, sendo competência privativa do Estado o direito de punir os delinquentes.

Destarte, com o advento da pena privativa de liberdade, esta se tornou o meio mais eficaz para punir os delinquentes pelos crimes praticados, buscando assim a ideia de garantir a ordem social e a paz dentro da sociedade.

Para adentrar no segundo capítulo, fez-se necessário discorrer sobre os princípios que possuem relação com a pena privativa de liberdade, quais são: presunção da inocência, duplo grau de jurisdição, *in dubio pro reo*, contraditório e ampla defesa, uma vez que esses princípios são de suma importância para entender o processo penal, pois preveem as garantias que são asseguradas às partes do processo.

No entanto, o princípio da presunção da inocência merece uma maior atenção, uma vez que se trata de uma garantia do acusado, tendo total ligação com o tema do presente trabalho. O princípio da presunção da inocência advém de uma construção histórica, ou seja, existe em decorrência de uma luta contra o abuso do Estado, não merecendo ser violado como vem sendo nesses últimos tempos.

No terceiro capítulo foram analisados os sistemas processuais penais, os quais são de extrema importância para o direito penal brasileiro, pois é através das diferenças de cada um dos sistemas que conhecemos qual o sistema que é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, quanto ao quarto capítulo, cumpre ressaltar que até meados de 2009 era possível o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade antes da sentença penal condenatória transitar em julgado. No entanto, em 2009 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus n.º 84.078-7 decidiu majoritariamente que não poderia o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da referida sentença penal condenatória, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência, ou seja, haveria uma violação às garantias fundamentais do sentenciado.

Ocorre que, em 2016, o Supremo Tribunal Federal novamente mudou de entendimento. Majoritariamente, ao julgarem o Habeas Corpus n.º 126.292, decidiram que não viola o princípio da presunção da inocência o início do

cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal decisão surpreendeu a todos, pois o Supremo Tribunal passa uma imagem de oscilação da interpretação da lei, ora entendendo que não pode cumprir pena antes do trânsito em julgado, ora entendendo que pode o que causa estranheza e insegurança aos sentenciados.

Importante ressaltar que o princípio da não culpabilidade ou da presunção da inocência, como já mencionado, é algo histórico, pois foi construído através de anos e com o intuito de defesa contra todos os atos abusivos do Estado. Logo, trata-se de um princípio importante para a humanidade e que se tornou uma garantia constitucional expressa na Carta Magna de 1988 e também previsto em Convenções.

A justificativa esgrimida dos Ministros do Supremo Tribunal é a de que a mudança de jurisprudência não viola o princípio em comento, uma vez que a culpabilidade do acusado resta provada pelos Tribunais. Quero lhes dizer, a justificativa baseia-se no fato de que há uma sentença proferida por um juiz singular e, após, se houver recurso de apelação e essa decisão for mantida pelos Tribunais de Justiça já restará provada a culpabilidade do acusado, podendo ele iniciar o cumprimento da pena imposta.

Ademais, sustenta-se que a sociedade clama por essa mudança e que não haverá uma super lotação nos presídios, uma vez que entrarão esses presos provisórios por uma porta e pela outra sairão outros presos beneficiados por algum instituto, ou seja, haverá somente uma troca de presos.

Da mesma forma, o entendimento consolidado é de que tanto o recurso Especial quanto o Extraordinário não possui efeito suspensivo, não impedindo o imediato cumprimento da pena na pendência da suas decisões.

Nesse sentido, a decisão do Habeas Corpus n.º 126.292 tem o objetivo de mudar a realidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, a qual afeta diretamente os sentenciados, uma vez que viola as garantias deles, as quais estão expressamente previstas na Carta Magna.

No entanto, indaga-se o porquê de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade após decisão de segundo grau, pois fere os princípios constitucionais. Indaga-se da mesma forma o porquê de tomar essa decisão sendo que o sistema carcerário já está debilitado o suficiente para receber ainda mais presos.

Ainda, pergunta-se como que serão resolvidos eventuais erros ocorridos no

curso do processo, ou seja, se o acusado foi sentenciado por ter praticado um furto de valor extremamente insignificante para a esfera jurídica e, futuramente, em Recurso Especial ou Extraordinário, seja reconhecida a causa de exclusão da tipicidade em face do princípio da insignificância? Ora, a resposta dos nobres Ministros é absurda, pois fundamentam que essas pessoas serão indenizadas. Indenizadas? Bom, sob o meu ponto de vista, nenhuma indenização trará de volta a liberdade que foi violada por um mero capricho do Estado e da sociedade em ver punido aquele que furtou um par de chinelos, por exemplo.

Logo, é perceptível que o Supremo Tribunal Federal ignorou o dispositivo da Constituição Federal e das demais Convenções que defendem a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em sendo assim, há entendimentos expostos no curso do trabalho que reforçam meu posicionamento, ou seja, não está correto o Supremo Tribunal Federal mudar de entendimento da forma como mudou, pois viola a Carta Magna e as garantias dos sentenciados e se todas as vezes que a sociedade clamar por mudanças for assim, infelizmente não teremos mais direito nenhum assegurado.

Pelo exposto, acompanho a ideia minoritária de que a Constituição Federal está acima de todas as leis e que não pode ela ser violada da maneira como vem sendo. Não obstante, nem mesmo por Emenda a Constituição Federal poderá ser alterado o texto constitucional, pois estamos diante de uma garantia, ou seja, direito do sentenciado. Assim, trata-se de uma cláusula pétrea o princípio da presunção da inocência, sendo vedado sua supressão ou alteração, sendo ele extremamente claro ao estabelecer que é uma garantia do acusado não poder ser considerado culpado sem que haja o trânsito em julgado da sentença, logo, sua culpa será provada após esgotar todas as esferas recursais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal: parte geral*. 5. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6348/principios-constitucionais-do-processo-penal/>>. Acesso em: 28 mai. 2017.
- BEZERRA, José Willyames Santos. *A Execução Provisória da Pena versus Princípio da Presunção de Inocência estampado categoricamente na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://willyames.jusbrasil.com.br/artigos/312298055/a-execucao-provisoria-da-pena-versus-principio-da-presuncao-de-inocencia-estampado-categoricamente-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 05 jun de 2017.
- BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84.078-7. Minas Gerais: 05 de fevereiro de 2009: Relator. Eros Grau. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf/>>. Acesso em: 01 jun de 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 126.292. São Paulo: 17 de fevereiro de 2016: Relator. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246/>. Acesso em 02 jun de 2017.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 45, p. 255-272, v. 12. 1995.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2016).

CUNHA, Rogério Sanches . *Manual de Direito Penal*. 8. ed., ver. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. Supremo *restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena/>>. Acesso em: 04 jun de 2017.

GOMES, Luiz Flavio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em: 04 jun de 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 17. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Manual de Direito Penal*: 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B. J. Maier*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/duplo-grau-de-jurisdicao-no-processo-penal-brasileiro-visao-a-partir-da-convencao-americana-sobre-direitos-humanos-em-homenagem-as-ideias-de-julio-b-j-maier-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

TASSE, Adel El. *A volta da "execução provisória" da pena*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena/>>. Acesso em: 05 jun de 2017.

TAKOI, Sérgio Massaru. *O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851/>. Acesso em: 28 mai. 2017.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.