

A EFICÁCIA DO GARANTISMO PENAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP

Camila Pereira Barreto¹
Gabriel Athayde Vasconcelos²

RESUMO: Este artigo tem como principal objetivo tecer breves considerações sobre o garantismo penal e sua aplicabilidade no Brasil, particularmente no que diz respeito à relação entre as garantias constitucionalmente protegidas e a execução provisória da pena. Para esse fim, é analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 126.292/SP à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do Estado Democrático de Direito. A referida decisão, visando resolver o problema real da ineficiência do processo penal no julgamento dos recursos especial e extraordinário, julgou constitucionalmente possível a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, tal entendimento é contrário a disposições legais do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. Numa visão garantista do direito penal, que vê a necessidade de frear o poder punitivo estatal pela sua submissão a um conjunto de garantias jurídicas, essa decisão propicia quebra de segurança jurídica e ofensa ao princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Execução penal. Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Garantismo.

ABSTRACT: This paper has as its main objective making brief considerations about criminal guarantism and its applicability in Brazil, particularly as concerns the relationship between constitutionally protected guarantees and the provisional execution of criminal sentences. To this end, the Supreme Federal Court's decision in habeas corpus 126.292/SP is analyzed in light of the constitutional principles of presumption of innocence and rule of law. However, that understanding is contrary to the legal provisions of the Criminal Procedure Code and the Law of Criminal Executions. In a guarantist vision of penal law, that sees the necessity of checking the state's punitive power through its submission to a set of legal guarantees, this decision leads to a breach in legal security and an offense to the principle of legality..

KEYWORDS: Criminal law. Criminal Execution. Provisory execution of punishments. Presumption of innocence. Guarantism.

¹ Estudante da graduação em Direito, pela Faculdade de Direito de Alagoas, na Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

E-mail: camila.pbarreto@hotmail.com

² Estudante da graduação em Direito, pela Faculdade de Direito de Alagoas, na Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

E-mail: gabriel-athayde1997@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Tendo em face o presente contexto político-jurídico pelo qual passa o Brasil, é de suma importância tratar da problemática execução provisória da pena, especialmente tendo como ponto de partida o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, apreciado à luz da teoria garantista, especialmente em sua formulação construída pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Primeiramente, delinear-se-á brevemente a teoria garantista, em linhas gerais e no âmbito do direito penal e processual penal, interligando-a com os princípios da Constituição brasileira.

A partir dessas considerações gerais, define-se a execução provisória da pena e discute-se seu histórico no sistema jurídico brasileiro, apresentando-se a controvérsia formada pelas diferentes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Analisa-se, então, a legitimidade da mais recente dessas decisões, face aos dispositivos legais e constitucionais vigentes e ao precedente anterior dessa mesma Corte.

Para concluir, apresenta-se a necessidade de atentar, na resolução de problemas jurídicos, aos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, os quais, tendo aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), devem sempre ser observados em todos os atos do Legislativo e do Judiciário.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO GARANTISMO

O garantismo, consoante originalmente discutido por Ferrajoli, tem três acepções: é tanto um modelo normativo do Estado, quanto uma teoria jurídica das distinções entre as categorias de “validade” e “efetividade”. É, por último, uma filosofia política a qual exige tanto do Direito quanto do Estado a incumbência de justificação externa, baseada nos bens e interesses em que a tutela estatal é a principal finalidade.

Não se irá neste artigo adentrar mais profundamente nas três concepções do modelo garantista proposto pelo jurista italiano, até mesmo por ser uma teoria a qual pretende abarcar todo o ordenamento jurídico. Pretende-se meramente fazer algumas breves considerações sobre as aplicações do garantismo no âmbito do Direito Penal, tanto no seu aspecto material quanto no processual. Sobre este ramo do direito, Ferrajoli faz uma importante definição acerca de sua famosa teoria:

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário. (FERRAJOLI, 2009, p. 271)arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos,

O meio jurídico é, inegavelmente, um mal. Como tal, seu uso deve ser justificado, diante de seu imenso custo humano e social. Merece destaque, dentre os males jurídicos, o direito penal, o qual é, de todos os ramos do direito, o mais invasivo. Portanto, o mal causado pelas penas deve ser sempre um mal absolutamente necessário. Ou seja, a atuação do direito penal deve ser empregada tão somente quando for a única via possível de atingir seu objetivo pretendido. O mal causado pela pena será justificado como o menor custo para se atingir o fim por ela almejado, não desconsiderando o caráter relativo e condicionado de tais justificativas, que serão analisadas a depender do caso concreto.

É nítido, portanto, o teor utilitarista da pena, presente inclusive nas propostas da teoria garantista. Ferrajoli propõe o máximo bem-estar dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Dessa forma, sem desconsiderar a utilidade social da pena, o padrão utilitarista por ele aduzido busca vedar a severidade de certos meios punitivos sob a justificação da máxima felicidade. O caráter utilitarista do garantismo, então, não é mero meio de fazer prevalecer a segurança social para aqueles que não cometem crimes, os chamados não-desviantes, mas visa também a máxima felicidade, ou o mínimo mal-estar, considerando a pena ainda como um mal necessário imposto aos apenados.

Trata-se aqui, portanto, da função retributiva da pena, em concordância com as teorias mais modernas, que a considera uma importante função da pena, especialmente da privativa de liberdade, mas não somente a única. Não se desconsidera, então, a igualmente importante função preventiva da pena e, por consequência, do direito penal. Inegavelmente, a pena é um instrumento estatal destinado ao afastamento dos membros da comunidade de condutas criminosas, através da ameaça de punição. É também, contudo, um instrumento de atuação estatal destinado à pessoa do acusado. Notadamente, a evitar sua reincidência e permitir a sua reinserção da sociedade. (DIAS, 1999, p. 103). No garantismo, o caráter preventivo especial da pena é consideravelmente mais abrangente.

A função especial da pena, ou seja, a proteção do acusado, é um objetivo constantemente deixado de lado no exercício do poder punitivo. Antes de tudo, a pena é uma

maneira de impedir as respostas não-estatais, que, aplicadas por cidadãos tomados pela cólera e ideias deturpadas de retribuição e justiça, são mais gravosas do que qualquer punição proposta pelo Estado, especialmente tomando como parâmetro o Estado Democrático de Direito. É essa tutela estatal do réu que constitui uma base para o modelo garantista de aplicação da pena e o Direito Penal mínimo. (FERRAJOLI, 2006, p. 311)

Podemos concluir, portanto, que a defesa social é um dos papéis desempenhados pelo direito penal, mas não seu único e absoluto objetivo, pois o Direito como um todo tem a função de tutela do mais fraco perante o mais forte. A posição de mais forte pode ser adotada tanto por um cidadão, ou uma coletividade, quanto pelo Estado. Assim, o direito penal tem como papel também a tutela do réu, que assume também a posição de mais fraco no momento em que é instaurado o processo penal. É o que leva o ilustre autor italiano a se referir ao direito, com destaque para o ramo penal, de “lei do mais fraco”. (FERRAJOLI, 2006, p. 311)

Há princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico, os quais devem ser observados durante a elaboração e aplicação de todas as normas infraconstitucionais, em respeito à supremacia da Constituição Federal.

É evidente que a teoria garantista entra em conflito direto com os adeptos da ideia de um “direito penal do inimigo”. Esta teoria trata os infratores como seres estranhos à sociedade em que vivem, dividindo-a em pessoas e não-pessoas. Sobre isso, afirma com propriedade Zaffaroni:

Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

A ideia de tratar o criminoso como inimigo da sociedade só é compatível com um estado absoluto, jamais com o modelo estatal adotado no Brasil, que é o mesmo da maior parte das nações modernas. O Estado Democrático de Direito torna impossível a adoção de tal postura, visto que entra em colisão direta com o próprio modelo estatal. Enquanto a Carta

Magna proteger direitos e garantias individuais, há não tão somente uma barreira política, mas também uma barreira jurídica. Os preceitos fundamentais constituem um freio imposto pelo próprio ordenamento jurídico ao arbítrio estatal, seja este representado pela atuação do Poder Legislativo, na elaboração de instrumentos normativos, ou pela atuação do Poder Judiciário, na aplicação desses mesmos instrumentos.

O Direito Penal se caracteriza, antes de tudo, por seu aspecto *ultima ratio*. Sua incidência se dá quando os outros ramos do Direito são insuficientes, pois a sanção penal é muito mais agressiva do que as outras sanções proporcionadas pelo restante do ordenamento jurídico.

O princípio da intervenção mínima vincula o Direito Penal à Constituição Federal, limitando sua atuação exclusivamente à proteção exclusiva dos bens jurídicos mais relevantes, em contrariedade à criminalização excessiva e ao decorrente aumento exacerbado da intervenção estatal na esfera individual e coletiva. A justificativa de tal princípio encontra suas raízes na ideia de que a liberdade é um direito o qual só pode sofrer a interferência estatal em último caso. É um fruto, portanto, do princípio da dignidade humana, o qual por sua vez está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 1, inciso III.

Dentre os preceitos elencados como supremos pela nossa Carta Magna, o princípio da dignidade humana é uma das bases para a aplicação do garantismo penal nas cortes brasileiras. Tal princípio é a referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (LIMA, 2012, p. 32), soberano entre todas as normas constitucionais. É dele que decorrem os demais direitos e garantias individuais, legitimando a própria estrutura do Estado.

O garantismo penal permite a ponderação entre a invasão da liberdade individual do acusado e o próprio *jus puniendi* estatal. Por um viés garantista é que o confronto entre a esfera individual e a própria legitimidade do direito de punir é resolvido, considerando a necessidade indispensável da intervenção estatal, a qual só deve ocorrer quando for a única alternativa. A atuação estatal, quando for uma das vias possíveis, e não tão somente a única, é desnecessária e, dessa maneira, se torna um mal sem finalidade.

A manutenção do conjunto de garantias individuais frente ao poder punitivo estatal não é dever apenas do Poder Legislativo. Cabe ao Judiciário, como intérprete e aplicador das normas jurídicas, proteger os direitos concedidos pela Magna Carta. Esse dever é especialmente acentuado no âmbito penal, tendo em vista seu caráter invasivo, como já abordado anteriormente. Portanto, diante do poder punitivo estatal, o juiz criminal tem o papel, não de defensor do criminoso em detrimento da sociedade, como correntes mais

extremistas poderiam afirmar, mas sim de defensor dos princípios norteadores da Constituição, os quais atuam por sua vez como freios ao arbítrio estatal e às medidas punitivas repressivas e extremas que podem decorrer deste.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Partindo dessas considerações gerais sobre o garantismo penal, cabe uma análise concreta do problema da chamada execução provisória da pena.

Por esse termo, entende-se a execução da sentença penal condenatória – seja na forma da aplicação da pena privativa de liberdade, seja de uma pena restritiva de direito ou de multa, ou mesmo quanto aos seus demais efeitos, como a perda do produto do crime ou a indenização cível – antes de seu trânsito em julgado.

É pacífica a possibilidade de execução provisória da pena em caso de prisão cautelar já decretada, tendo em vista, inclusive, a detração (art. 42, CP) e a possibilidade de progressão de regime, conforme já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 716 e 717. É fora do caso de prisão cautelar que se encontra a controvérsia. O Decreto-Lei nº 3.689/1941, que estabeleceu o ainda vigente Código de Processo Penal brasileiro, outorgado pelo Poder Executivo durante o regime do Estado Novo de Getúlio Vargas, assim dispunha em seu texto original:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. [...]

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto. [...]

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

Nota-se a nítida incompatibilidade dos arts. 393, II e 594 com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, face ao art. 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o que implicaria em não-recepção das referidas normas pela ordem constitucional superveniente; de todo modo, ambos os dispositivos já encontram-se revogados, respectivamente pelas leis nº 12.403/2011 e nº 11.719/2008.

Não obstante, permaneceu-se a questão sobre se continuaria sendo possível o cumprimento da sentença antes do trânsito. Diversos tribunais, com base no referido art. 637 do CPP (ainda em vigor) e no art. 27, § 2º da lei nº 8.038/1990 (“Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”; revogado pela lei nº 13.105/2015, novo Código de Processo Civil, que abre a possibilidade de pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial), determinavam a remessa dos acórdãos condenatórios ao juiz de execução, mesmo pendente recurso especial ou extraordinário, iniciando-se a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078-7/MG, Rel. Min. Eros Grau, julgou inconstitucional a execução provisória da pena. Vide a ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. 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 a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...]

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal cita a lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais): de fato, a LEP dispõe, em seu art. 105, que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução” e no art. 107, “Ninguém será recolhido,

para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”; disposições semelhantes se aplicam às penas restritivas de direitos (art. 147), à pena de multa (art. 164) e mesmo às medidas de segurança (art. 171).

Ademais, o CPP teve o seu art. 283 modificado pela lei nº 12.403/2011 para dispor que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” Esse dispositivo, na verdade, complementando o art. 5º, LXI da Constituição Federal, detalha os casos *numerus clausus* em que é cabível a prisão no ordenamento jurídico penal brasileiro: flagrante delito, prisão cautelar (preventiva ou temporária), e trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não obstante a sedimentação legal e jurisprudencial da inadmissibilidade da execução provisória da pena, essa posição mostrou-se de certa forma enfraquecida nos anos subsequentes, devido à abertura de uma aparente “brecha” no sistema – réus, geralmente de elevada capacidade financeira, interpunham sucessivos recursos, embargos e agravos, infundados e manifestamente protelatórios, com o propósito de obstar o trânsito em julgado da ação. Para exemplificar com um caso notório: “embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial nº 1.012.187”.

3 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, em 17/02/2016, no julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, inverteu a sua orientação, julgando desta vez que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.” O Ministro Relator, em seu voto vencedor, enfatizou que em princípio o julgamento pelo juiz de primeira instância e pelo tribunal de apelação já basta para concretizar a garantia do duplo grau de jurisdição, frisou que os recursos especial e extraordinário tem “âmbito de cognição estrito à matéria de direito”, não se admitindo o reexame dos fatos ou das provas e realizou ampla análise comparativa com os sistemas jurídico-penais de diversos outros Estados democráticos, demonstrando que nestes a execução da pena se iniciava com a sentença de segundo ou mesmo primeiro grau.

Cabe analisar mais detidamente o dito acórdão. A decisão do Supremo Tribunal Federal não tem caráter vinculante, dado que foi tomada em sede de habeas corpus e não de controle concentrado de constitucionalidade, e que não foi normatizada em súmula vinculante. Portanto, os demais tribunais não estão obrigados a determinar a execução imediata da pena mediante acórdão condenatório.

Na verdade, não houve, na decisão, qualquer declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica. Portanto, o art. 283 do CPP e os arts. 105, 107, 147, 167 e 171 da LEP seguem válidos e vigentes. Nem seria congruente, de qualquer modo, decretar a incompatibilidade desses dispositivos com a Constituição Federal, pois verificam-se todos plenamente conformes ao art. 5º, LVII e às demais normas constitucionais penais e processuais penais.

Ferrajoli aponta, magistralmente, que o Estado de Direito significa um governo *sub lege* e *per leges*: submetido às leis e mediante as leis. Leciona ele:

Ao menos no campo do direito penal, “Estado de direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 789)

Trata-se do próprio inelutável princípio penal da legalidade, sacramentado na ordem constitucional. A decisão do HC 126.292/SP é, na verdade, uma decisão contra legem, ferindo nitidamente os já referidos dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal; o fato de o Supremo Tribunal Federal ser uma Corte Constitucional e o guardião precípua da Constituição não o autoriza a ignorar ou deixar de aplicar a lei não inconstitucional, menos ainda em matéria penal, que se rege pelo princípio estrito da legalidade, conforme o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A elaboração de normas gerais e abstratas relativas ao método e ao tempo de execução das penas, matérias de pertinência fulcral à salvaguarda do direito fundamental à liberdade, compete, por sua própria natureza, ao Poder Legislativo, com a sanção do Poder Executivo e em conformidade com o ordenamento constitucional; de forma alguma ao Poder Judiciário. Os próprios acontecimentos apresentam uma ótima razão para isso: o Tribunal, em apenas sete anos, inverteu totalmente a sua orientação jurisprudencial, gerando grave insegurança jurídica – insegurança que só se maximiza ao se perceber que nada impede que o STF possa, dentro de mais alguns anos, voltar mais uma vez à sua posição anterior.

Frise-se, ainda, o fato de o objeto da decisão ser uma norma inscrita no artigo 5º, genuína garantia individual, alçada pela Lei Fundamental à categoria de cláusula pétrea, matéria não facilmente modificável sequer pelo Poder Constituinte Derivado, que o Supremo Tribunal Federal, em radical mudança de entendimento, passa a interpretar de forma tangencial à leitura literal.

A preocupação com as aparentes brechas no sistema, e com a impunidade que podem gerar, é altamente relevante, especialmente em um país em que a Justiça é tão socialmente seletiva quanto o Brasil. É necessário buscar um caminho capaz de levar em consideração os direitos das vítimas e da sociedade, o princípio da razoável duração do processo e a efetivação da punição justa e legal dos ofensores; mas não se pode, para isso, passar por cima de direitos e garantias constitucionalmente consagrados, que servem para garantir não apenas um processo justo e digno, mas também para proteger os inocentes.

Isso não é impossível. Podem-se destacar duas iniciativas interessantes no âmbito do Poder Legislativo: o Projeto de Lei do Senado nº 238/2015, que modifica o Código de Processo Penal para definir o conceito de “trânsito em julgado” como abarcando apenas as instâncias ordinárias de jurisdição, ideia coerente com a experiência de outros países e com tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, enquanto abre a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário; e a Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2011, idealizada pelo Ministro Cezar Peluso, que transforma os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias especial e extraordinária, garantindo analogamente o trânsito em julgado ao fim da segunda instância jurisdicional. Enquanto ambas as propostas podem ser meritórias de críticas ou elogios, é importante ressaltar a importância de tentarem atacar o problema melhorando a estrutura e o funcionamento do Judiciário brasileiro, em vez de restringindo o âmbito de preceitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, verifica-se a suma importância da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais penais e processuais penais previstas na Constituição Federal, como elementos essenciais para a consecução de um sistema de justiça criminal verdadeiramente garantista, no âmbito de um Estado de Direito, vinculado à lei e à Constituição.

Dentre esses preceitos, a relevância singular da presunção da inocência, um dos mais genuinamente poderosos instrumentos de defesa do indivíduo perante o poder punitivo do

Estado: conquanto seja interesse da sociedade e do Estado que os culpados sejam geralmente punidos, é um interesse ainda maior que os inocentes sejam sempre protegidos; não se pode, como queriam alguns criminólogos, estabelecer a “presunção de culpabilidade” de todos que são submetidos à persecução penal (FERRAJOLI, 2006, pp. 506-507).

Imprescindível, portanto, buscar resolver os problemas do direito e processo penal brasileiro sempre no âmbito dessa e de outras garantias fundamentais constitucionais, e com respeito ao princípio da legalidade, em face do imperativo de preservar a segurança jurídica dos acusados.

Por todos esses aspectos, mostra-se passível de críticas a mudança de orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, e imperativa a necessidade de reformas por via legislativa que visem balancear adequadamente garantias fundamentais do réu e efetividade e celeridade do processo penal.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **História sem fim**. 01 ago. 2015. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/08/01/historia-sem-fim/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ARAS, Vladimir. **O abominável caso do Sr. Neves**. 17 out. 2010. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/10/17/o-abominavel-caso-do-sr-neves/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ARAS, Vladimir. **Pelo MP: Os efeitos da execução provisória da pena**. 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/pelo-mp-os-efeitos-da-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BOTTINO, Thiago. **Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena**. 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobreexecucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Código Penal e Constituição Federal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Código Penal e Constituição Federal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 15, de 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 238, de 2015**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120819>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. In: Código Penal e Constituição Federal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. In: Código Penal e Constituição Federal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Teori Zavascki. **Habeas corpus nº 126.292/SP. 17 fev. 2016.** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-voto-de-teori-zavasckino-hc-126-292-que-mudou-jurisprudencia-do-stf-sobre-execucao-de-pena>>.

EL TASSE, Adel. **A volta da "execução provisória" da pena.** 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revistadas.** Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional:** a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O STF e a execução provisória de pena.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2581, 26 jul. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17036>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Execução Provisória de Pena do Brasil e o entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do HC 84078/MG. 15 abr. 2009.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Execucao_Provisoria_de_Pena_do_Brasil_STF_e_o_HC_84078.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. **Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?.** 20 fev. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-umacausa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

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