

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

SUZANA MARIA CORRÊA DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma análise do atual entendimento do
Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência**

São Luís

2017

SUZANA MARIA CORRÊA DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma análise do atual entendimento do
Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glaucio Fernando Barros
Cunha.

São Luís

2017

Santos, Suzana Maria Corrêa dos.

A execução antecipada da pena: uma análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência / Suzana Maria Corrêa dos Santos. – 2017.

97 f.

Orientador (a): Glaucio Fernando Barros Cunha.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Constituição da República Federativa do Brasil. 2. Execução antecipada da pena. 3. Princípio da presunção de inocência. I. Cunha, Glaucio Fernando Barros. II. Título.

CDU 343.1(81)

SUZANA MARIA CORRÊA DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma análise do atual entendimento do
Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Glaucio Fernando Barros Cunha (Orientador)

(Examinador)

(Examinador)

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão da minha existência, a quem eu devo muito mais que o dom da vida, mas todos os dons que me permitiram alcançar a tão sonhada graduação em Direito na Universidade Federal do Maranhão.

Ao meu pai, Ivar de Jesus Sousa dos Santos, meu maior exemplo, pelo amor e dedicação inabaláveis ao longo da minha trajetória educacional, sobretudo ao longo da minha graduação. Ao ser humano que mais amo e admiro no mundo, incansável no ofício mais nobre que um homem pode ter (ser pai), todo o amor e gratidão que há no meu coração.

A minha mãe, Maria Elione Azevedo Corrêa dos Santos, pelo amor, apoio, companheirismo, orações e palavras de perseverança nos momentos de angústia e aflição durante a minha graduação.

Ao meu estimado Professor Gláucio Fernando Barros Cunha, orientador e amigo, pela honra de ter aceitado a árdua missão de me orientar na elaboração deste trabalho. Obrigada pelo carinho e incentivo constante.

A todos os meus amigos, que tive o prazer de conhecer durante a minha graduação e em razão da minha graduação, em especial Vanessa Travassos Cutrim, José Muniz Neto, João Victor Cardoso Ferreira, Natália Araújo Costa, Lucas Silva Costa, Paulo André Araújo e Diogo Leonardo Berniz Serra, pela ajuda e incentivo constante na condução dos meus estudos.

A Deus, meu alicerce e razão da minha existência.

Ao meus pais, Ivar de Jesus Sousa dos Santos e Maria Elione Azevedo Corrêa dos Santos, pelo apoio e amor incondicionais.

A minha família canina, pelos latidos carinhosos e pelo amor puro e sincero.

[...] a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. (IHERING, 2009, p. 23).

RESUMO

Execução antecipada da pena à luz do princípio da presunção da inocência. Diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, no sentido de admitir a execução antecipada da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, necessária se faz uma análise acerca da constitucionalidade do instituto. Abordam-se os princípios constitucionais do processo penal, quais sejam da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CRFB-88, que traz em seu bojo a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que alguém seja considerado culpado, e da razoável duração do processo, haja vista oferecerem garantias aos indivíduos e fundamentarem a instrução processual penal. Enfatiza-se, em um segundo momento, a execução antecipada da pena na pendência de impugnações extraordinárias, sob a análise do julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nos quais foi reconhecida a possibilidade da execução antecipada da pena, inobstante entendimento pacificado anteriormente, desencadeando, assim, nova discussão sobre a sua viabilidade jurídica. Em sequência, examinam-se algumas particularidades dos recursos no processo penal, mormente dos recursos extraordinários e especial, demonstrando a vedação ao reexame de provas e análise dos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, bem como as prisões admitidas no processo penal brasileiro. Por fim, enfoca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção do direito à liberdade, apresentando-o como guardião da Constituição, apontando as regras de interpretação das normas constitucionais e os limites às restrições dos direitos fundamentais, quais sejam: princípio da proporcionalidade, a garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso. Analisa-se, por fim, o reconhecimento do sistema penitenciário brasileiro como estado de coisas inconstitucional e a notória contradição do Supremo Tribunal Federal na proteção às garantias individuais e a mutação inconstitucional do *Habeas Corpus* nº 126.292, uma vez que demonstra a restrição inconstitucional ao princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Execução antecipada da pena. Constituição República Federativa do Brasil. Princípio da presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Early execution of the legal punishment in the light of the principle of the presumption of innocence. In view of the current understanding of the Federal Supreme Court, in the judgments of Habeas Corpus n° 126.292 / SP and of the Declaratory Actions of Constitutionality 43 and 44, in order to admit the early execution of the convicted criminal sentence confirmed in a second degree of jurisdiction, An analysis of the constitutionality of the institute. The constitutional principles of the criminal procedure, such as the dignity of the human person, due process of law, double jurisdiction, ample defense, contradiction, presumption of innocence, enshrined in art. 5, LVII, of the CRFB-88, which brings in its wake the need for a final and unappealable decision to convict the convicted person for guilt, and for the reasonable length of the proceedings, to offer guarantees to individuals and to substantiate criminal procedural instruction . It is emphasized, in a second moment, the anticipated execution of the sentence pending extraordinary appeals, under the analysis of the judgment of the Ministers of the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus n° 126,292 and of the Declaratory Constitutional Actions 43 and 44, in which The possibility of early execution of the sentence was acknowledged, despite an earlier pacified understanding, thus triggering a new discussion on its legal feasibility. Subsequently, some special features of criminal proceedings, especially extraordinary and special appeals, are examined, demonstrating the prohibition of the review of evidence and analysis of the devolutive and suspensive effects, according to the Criminal Procedure Code and the Criminal Enforcement Law, as well as Such as prisons admitted in the Brazilian criminal proceedings. Finally, the Supreme Federal Court's action focuses on the protection of the right to freedom, presenting it as guardian of the Constitution, pointing out the rules of interpretation of constitutional norms and the limits to the restrictions of fundamental rights, such as: principle of proportionality, the guarantee of protection to the core of fundamental rights and the principle of prohibition of retrocession. It is also analyzed the recognition of the Brazilian penitentiary system as an unconstitutional state of affairs and the notorious contradiction of the Federal Supreme Court in the protection of individual guarantees and the unconstitutional mutation of Habeas Corpus n° 126.292, since it demonstrates the unconstitutional restriction to the principle of Presumption of innocence.

Keywords: Early execution of the legal punishment. Constitution of the Federative Republic of Brazil. The presumption of innocence principle. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL | 13 |
| 2.1 | Princípio da dignidade da pessoa humana | 15 |
| 2.2 | Princípio do devido processo legal | 16 |
| 2.3 | Princípio do duplo grau de jurisdição | 18 |
| 2.4 | Princípio da ampla defesa | 19 |
| 2.5 | Princípio do contraditório | 19 |
| 2.6 | Princípio da presunção de inocência | 21 |
| 2.6.1 | Histórico | 22 |
| 2.6.2 | Princípio da presunção da inocência no Direito Comparado..... | 25 |
| 2.6.3 | Histórico do princípio da presunção de inocência no Brasil | 30 |
| 2.6.4 | Alcance semântico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..... | 33 |
| 2.7 | Princípio da duração razoável do processo | 38 |
| 3 | A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA PENDÊNCIA DE IMPUGNAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS | 41 |
| 3.1 | Análise do <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 | 42 |
| 3.2 | Os recursos no processo penal | 48 |
| 3.3 | Recursos extraordinários | 50 |
| 3.3.1 | Recurso especial | 51 |
| 3.3.2 | Recurso extraordinário | 52 |
| 3.4 | Vedação ao reexame de provas | 53 |
| 3.5 | Efeitos devolutivo e suspensivo em matéria de direito processual penal: uma análise à luz do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal | 55 |
| 3.6 | As prisões admitidas no processo penal brasileiro | 61 |
| 4 | A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE | 65 |
| 4.1 | O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e o papel da opinião pública | 66 |
| 4.2 | A interpretação das normas constitucionais e os limites às restrições dos direitos fundamentais | 67 |
| 4.2.1 | Princípio da proporcionalidade..... | 70 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.2.2 | Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais | 71 |
| 4.2.3 | Princípio da proibição do retrocesso | 72 |
| 4.3 | O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a execução antecipada da pena: a contradição do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos humanos | 75 |
| 4.4 | A mutação inconstitucional no <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292 | 78 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 87 |
| | REFERÊNCIAS | 91 |

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um bem inestimável, antecede as mais primitivas organizações sociais, pois se realiza apenas com a existência da pessoa. Na sequência da supremacia do bem da vida, é a liberdade o ponto de partida para grandes conquistas da humanidade, e com tamanha relevância, sua conquista e preservação têm sido, ao longo dos milênios, objeto de toda sorte de conflitos, entre os mais divulgados a escravidão e a prisão sem justo julgamento, promovidos ora pelo poder do Estado, ora pela força do capital privado. Muitas são as formas e possibilidades da supressão da liberdade, porém, limitar-se-á apenas a sua importância como bem inalienável.

Desse modo, desnecessário o debate acerca da relevância da liberdade. A filosofia, a antropologia e a sociologia já as fizeram com grande propriedade, tratados internacionais e constituições consagram sua importância e objetivam sua garantia. Porém, não raros são os exemplos de restrição da liberdade em contrariedade aos mandamentos constitucionais.

Prioriza-se o discurso da limitação indevida da liberdade sob a proteção de atos normativos, em especial as constituições, ao contrário da ausência legislativa, pois no primeiro existirá a arbitrariedade e no segundo, o qual se repugna, resta à barbárie.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 consagrou entre os direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade do direito à liberdade. Assim, fica nítido o grau de magnitude reservado à liberdade da pessoa. Portanto, é cediço que, em um Estado de Direito, em especial no Brasil, a privação da liberdade somente ocorrerá conforme os ditames legais e, afastada a prisão processual, a prisão pena só se efetivará com a formação da culpa, alcançada com a sentença penal condenatória transitada em julgado, conforme o mandamento incrustado no inciso LVII, art. 5º, da Constituição de 1988.

É diante da sustentação do primado constitucional da inviolabilidade do direito à liberdade que se manifesta a proposta pelo tema aqui abordado, “A execução antecipada da pena: uma análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência” em face das controvertidas decisões do Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 e, em 05 de outubro de 2016, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Inicialmente, abordar-se-á a principiologia constitucional do processo penal, com ênfase aos princípios da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, ampla defesa, contraditório, presunção da inocência e duração razoável do

processo, pois o Direito Processual Penal encontra-se norteado por princípios constitucionais que constituem o pilar de toda a instrução processual penal, oferecendo garantias aos indivíduos, notadamente a fim de que o direito individual à liberdade seja restringido apenas em última hipótese, depois de esgotados todos os meios de impugnação ao título judicial condenatório.

A Constituição Federal (CF) consubstancia em seu art. 5º, LVII, o princípio da presunção da inocência, que preconiza que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988). Por sua vez, o artigo 283 do Código de Processo Penal reza que “ninguém poderá ser preso senão em virtude de 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”. (BRASIL, 1941).

No segundo momento, será feito um exame sobre a execução antecipada da pena na pendência de impugnações extraordinárias após a confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, notadamente após o Supremo Tribunal Federal ter julgado, em 17 de fevereiro de 2016, o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, por meio do qual modificou substancialmente o seu entendimento, que se mantivera o mesmo desde 2009 com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG.

A partir do então julgamento, ratificado na ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução provisória da pena, em detrimento de garantias fundamentais, afirmando que tal possibilidade não contraria o princípio da presunção de inocência, já que o mesmo, consubstanciado no art. 5º, LVII, da CF, deveria adquirir uma nova roupagem que se adequasse à urgência da efetivação da prestação jurisdicional.

Diante da recente mudança de posicionamento da Suprema Corte, percebe-se que estamos diante de uma verdadeira crise na hermenêutica jurídica, de modo que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que tem o papel de velar a Constituição Federal, utiliza-se de constantes métodos de interpretação voltados a atender o clamor público em detrimento do espírito das normas que ali se encontram.

Desse modo, serão analisados os recursos no processo penal, mormente os recursos especial e extraordinário, bem como os efeitos devolutivo e suspensivo à luz do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção do direito à liberdade será no último capítulo analisado, tendo em vista seu papel de guardião da Constituição. Para tanto,

serão estudados os limites às restrições dos direitos fundamentais, com destaque especial no que tange à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por fim, analisar-se-á a contradição do STF na proteção dos direitos humanos e a mutação inconstitucional no *Habeas Corpus* nº 126.292.

A problemática da execução antecipada da pena tem como consequência imediata o encarceramento de pessoas sem condenação transitada em julgado e em consequência a insegurança jurídica que se contrapõe ao Estado de Direito Brasileiro.

Desse modo, objetiva-se demonstrar que a execução antecipada da pena sem culpa formada, ao contrário da sentença penal condenatória transitada em julgado, ofende explicitamente o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República do Brasil de 1988, princípio constitucional da presunção da inocência, instrumento basilar de um Estado Democrático de Direito, que tem com direito fundamental a inviolabilidade do direito à liberdade frente à arbitrariedade.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

O Estado Democrático de Direito reforçou, sobremaneira, o caráter hermenêutico do Direito, na medida em que proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo Constitucionalismo, caracterizado pelos textos constitucionais principiológicos e, notadamente, pelo caráter compromissório e diretivo das Constituições.

No contexto do Constitucionalismo contemporâneo, os princípios assumem uma dimensão normativa de base, ou seja, deixam de ser meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna na lei ou do ordenamento jurídico e passam a se apresentar como constituidores da normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário.

Nesse sentido, a Constituição é o referencial adequado e necessário para o controle da validade da produção legislativa e da constante discricionariedade das decisões judiciais, na medida em que toda decisão judicial só será hermeneuticamente correta se dela for possível extrair um princípio.

Nas palavras do ilustre mestre Miguel Angel Pérez:

[...] uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandados jurídicos obrigatórios, e que estes mandados jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. (PÉREZ, 1966, p. 30).

Sobre o tema, Lênio Streck e Rafael de Oliveira (2012, p. 77) asseveram que “[...] sempre que se decide, aplica-se um princípio, porque é ele que será responsável pela individualização da regra, de modo que o que legitima a decisão de um caso (do que se depura se a decisão é ou não adequada à Constituição) é sua justificação principiológica”.

Segundo a conceituação de Alexy (1993, p. 86), “[...] princípios são comandos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. E essa otimização a que Alexy se refere somente é alcançada a partir da priorização de princípios, ainda que em detrimento de normas específicas.

A missão fundamental dos princípios constitucionais é dar uniformidade ao sistema-jurídico, cuja norma máxima é a Constituição, permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos sejam feitos de modo a dar coerência ao sistema normativo, do que se extrai que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 é a

norma essencial do ordenamento jurídico brasileiro, devendo todas as outras submeter-se a ela. (NUCCI, 2008).

Os princípios têm como função não somente orientar o juiz diante do caso concreto e atuar como fatores de colmatação de lacunas, mas, também, impor um limite ao seu arbítrio, na medida em que são normas jurídicas vinculantes que estabelecem juízos de dever-ser, condicionando e orientando a compreensão do ordenamento jurídico.

Desta forma, os princípios são um instrumento de garantia da segurança jurídica, uma vez que visam a evitar que uma mesma matéria seja decidida de diversas maneiras, ao alvedrio do julgador.

Não se pode olvidar que os princípios jamais afrontam direitos e garantias fundamentais, mas com eles harmonizam-se. Nessa esteira, Guilherme Nucci (2012, p. 36) afirma que, “[...] em regra, os princípios protegem direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais”, utilizando como exemplo o princípio da presunção da inocência, que não afronta o direito à segurança nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade, apenas assegura constituir o direito à liberdade a regra no Estado Democrático de Direito.

Assim como qualquer outra ciência, o Direito Processual Penal também se sujeita a princípios norteadores que servem de padrão para interpretação do Direito Positivo na resposta para determinados problemas que surgem no curso do processo.

Os princípios processuais de um país são um reflexo da sua política estatal, mormente os princípios do processo penal. Assim, um país cuja Constituição é autoritária, certamente, terá um processo penal antigarantista, assim como um país que tem como base do seu ordenamento jurídico uma Constituição Democrática, terá processo penal democrático, incumbido a garantir a máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

A grande particularidade, quando se trata de princípios no âmbito do Direito Processual Penal, é que a sua função precípua passa a ser, sem dúvidas, a proteção dos direitos humanos, diante da necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito.

Os princípios norteadores do Direito Processual Penal estão, notadamente, elencados, implícita e explicitamente, na Constituição Federal de 1988.

Segundo César Bitencourt (2003), todos os princípios implícitos ou explícitos estampados no artigo 5º da Carta Constitucional tem a função de orientar ao legislador

ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal mínimo e garantista.

Considerando que os princípios constitucionais explícitos merecem primazia em detrimento dos princípios infraconstitucionais, uma vez que são vetores do Estado Democrático de Direito e que os princípios infraconstitucionais devem prevalecer sobre normas específicas ou simples regras, é forçoso concluir que os princípios constitucionais jamais poderão ser afastados para dar lugar à aplicação de qualquer norma específica da legislação ordinária.

Por esta razão, conforme preceitua Nucci (2010), compreende-se ser inadmissível a produção legislativa contrária aos princípios constitucionais, em particular quando expressos. No campo penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade etc.).

Diante disso, este capítulo terá como escopo traçar breves considerações a respeito dos principais princípios constitucionais do processo penal (dignidade da pessoa humana, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, ampla defesa, contraditório, presunção da inocência e duração razoável do processo), cujo estudo revela-se de fundamental importância para a análise do instituto da execução antecipada da pena.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Em 05 de outubro de 1988 fora instituída no Brasil uma nova ordem jurídica, que formou um Estado fundado na Democracia e no Direito, de poder emanante do povo, sendo o seu núcleo a dignidade da pessoa humana.

Diante da vasta doutrina que se debruça sobre o estudo da dignidade da pessoa humana, Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques (2009, p. 256) acertadamente a conceituaram como “[...] a qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado; não é algo concedido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata”.

Segundo Ingo Sarlet (2002), a dignidade da pessoa humana é um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

A dignidade da pessoa humana precede e constitui qualquer outro direito fundamental. Por esta razão, na hipótese de conflito entre princípios e direitos constitucionalmente assegurados, destaca Ingo Sarlet (2002), o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos. Isso porque, como explica o autor, existe uma inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional.

Segundo Nucci (2010), trata-se de princípio regente, de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, cuja missão é a preservação do ser humano, bem como a efetivação das propostas do Estado Democrático de Direito.

Ainda, segundo a lição do professor Nucci (2010), o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado sob dois prismas: o primeiro, de ordem objetiva, visa garantir um mínimo existencial ao ser humano atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, etc; e o segundo, de ordem subjetiva, refere-se ao respeito devido um para com o outro, desde o nascimento.

Destarte, no âmbito do processo penal, o princípio da dignidade da pessoa humana busca enaltecer o ser humano, sem, contudo, olvidar a necessária manutenção da segurança pública. Para tanto, apresenta-se sob a forma de inúmeras garantias ao longo da persecução criminal, desde o tratamento humanitário na fase inquisitorial, passando pela observância aos direitos inerentes à defesa, pela impossibilidade de ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, ao cumprimento justo e digno da pena.

2.2 Princípio do devido processo legal

Primeiramente, mister se faz uma breve análise acerca do arcabouço histórico que foi responsável pelo espírito que o princípio do devido processo legal atualmente traduz.

A Magna Carta Inglesa, proclamada pelo Rei João, em 1215, originou o princípio do devido processo legal e previa que nenhum homem poderia ser preso ou privado de sua propriedade, a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra.

A iminente necessidade de pôr termo ao arbítrio do rei, característica elementar do absolutismo inglês, e de garantir a liberdade e a propriedade foram responsáveis pela mudança da expressão “*by the lay of the land*” (lei da terra), que passou a ser “*due process of law*” (devido processo legal).

A partir de então se tornou indispensável o surgimento do princípio da legalidade, a fim de que a vontade da lei assumisse destaque em detrimento da vontade do rei.

Segundo Nucci (2010), o princípio do devido processo legal possui dois importantes aspectos, o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal.

No Direito Penal, o princípio do devido processo legal consiste na observância obrigatória da legalidade, à fiel observância dos princípios penais.

O sentido substantivo do devido processo legal consiste na regência dos atos públicos conforme a razoabilidade e a proporcionalidade, incluindo-se nessa exigência, principalmente a lei, que não deve cercear, sem justa motivação, direitos individuais.

No prisma processual, o referido princípio busca assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes, na medida em que cria um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção.

A Constituição Federal de 1988 proclama em seu art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, um dos mais importantes princípios gerais do direito, que dá suporte e origem a todos os demais princípios que serão estudados doravante.

O art. 5º, LIV dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

A regra que se extrai do mencionado princípio é que as formalidades legais devem sempre ser observadas antes que o indivíduo tenha seus direitos cerceados, respeitando-se, assim, as garantias previstas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2014) assevera que a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos não serão violados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não previstas em lei.

A redação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal não especifica qual tipo de liberdade está acautelando, portanto, o intérprete não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo legal constitucional, ao contrário, deve garantir-lhe maior eficácia possível.

Importa novamente citar as palavras de Paulo Rangel (2014, p. 4) a respeito do assunto, quando afirma que “[...] por um princípio comezinho de hermenêutica, as regras que concedem direitos não comportam interpretação restritiva”.

No âmbito do processo penal a garantia de uma fiel observância à instrução processual se releva ainda mais importante, haja vista que o direito que está em jogo é a liberdade do indivíduo, que muito se difere do direito de propriedade a que se preocupa o processo civil. Isso quer dizer que se espera do julgador uma maior cautela quando da condução do processo em matéria criminal.

Não se pode olvidar que, embora o Estado, por ser o detentor do *jus puniendi*, tenha o poder-dever de punir, tem mais ainda de preservar a liberdade do indivíduo através do processo penal.

Em razão disso, o princípio do devido processo legal é a base de todos os princípios processuais, razão de ser de todos os elementos estruturais do processo penal democrático, só podendo ser alcançado se comungados todos os princípios penais e processuais penais do ordenamento jurídico.

2.3 Princípio do duplo grau de jurisdição

Trata-se de um princípio primordial do processo penal, que tem como escopo possibilitar uma nova apreciação da lide, de forma mais ampla e plena possível, de forma a corrigir eventuais erros ou injustiças cometidas nas decisões anteriores.

Embora não esteja consagrado explicitamente na Constituição, o princípio do duplo grau de jurisdição decorre da própria estrutura do Poder Judiciário, estando, desta forma, previsto de forma implícita no texto constitucional.

Os arts. 102, II, 105, II, e 108, II, da CF, outorgam competência recursal a vários órgãos da jurisdição, reportando-se expressamente aos tribunais, no art. 93, III, como órgão do Poder Judiciário de segundo grau, responsável por analisar, de forma colegiada, a decisão monocrática recorrida.

O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto, ainda, no art. 8, item 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário, cujo valor é de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º da CF/88.

Art. 8º, II, alínea “h”: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (BRASIL, 1988).

Em suma, o duplo grau de jurisdição decorre da necessidade humana de inconformismo diante da contrariedade, buscando a reavaliação do caso em diversa instância.

2.4 Princípio da ampla defesa

O art. 5º, LV, da Constituição Federal da República, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Possui previsão, ainda, no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, I, *in verbis*:

Art. 8º, I. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO..., 1969).

O princípio da ampla defesa impõe que deve ser dada às partes a possibilidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo, assim como de influir no convencimento do magistrado, garantindo-se, assim, o direito à informação e de participação no processo.

No que tange a sua aplicação no processo penal, a ampla defesa não pode ser vista de modo restrito, uma vez que compreende todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Deve-se interpretar o princípio de forma analítica, haja vista que garante não apenas a imprescindibilidade de defesa para que haja condenação, mas também que, na ausência de defensor constituído, seja nomeado um defensor dativo para o patrocínio da causa.

Nas palavras de Nucci (2010, p. 264), a ampla defesa “[...] envolve todos os estágios procedimentais onde se colhe prova definitiva acerca da culpa de alguém, preferindo-se acolhê-la em excesso, em lugar de restringi-la por cautela”.

Assim sendo, na medida em que a ampla defesa representa a única chance de preservar o estado de inocência, resta evidente que qualquer forma de limitação à possibilidade de insurgência ao andamento processual por parte das partes constitui séria afronta ao aludido princípio.

2.5 Princípio do contraditório

Assim como o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, quando dispõe que “aos litigantes, em

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Corolário do princípio do devido processo legal e consectário do princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório busca oportunizar aos litigantes o direito à informação de qualquer ato processual em curso e também a oportunidade de resposta, de forma a garantir um processo justo e eficaz.

Fernandes (2010, p. 253) afirma:

[...] apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Nesse sentido, impõe ressaltar que, no âmbito do processo penal, onde se discute a liberdade de locomoção do indivíduo, o referido princípio tem implicações diversas daquelas do processo civil. Não basta que a participação se dê apenas no aspecto formal. É necessário que haja uma real e igualitária participação, de modo a prestigiar a igualdade material.

É cediço que nem tudo que se aplica no processo civil se aplica no processo penal. A exemplo disso, no processo penal, nenhum réu, ainda que ausente ou foragido, pode ser processado ou julgado sem defensor, muito menos contentar-se com uma mera atuação formal deste.

Renato Brasileiro (2014, p. 55) afirma que:

[...] de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares.

Por fim, como assevera Pacelli (2012, p. 44):

[...] uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. **Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão. (grifo nosso)**

O contraditório pode, ainda, ser observado no ramo do direito probatório, manifestando-se na medida em que os litigantes requerem e participam da produção de provas, bem como quando se pronunciam a respeito de seu resultado.

Merece ainda destacar que, diferentemente do que preconiza parte da doutrina, o contraditório não se presta apenas a contradizer fatos, mas, por vezes, o direito, quando o que se busca é debater sobre a interpretação do direito.

2.6 Princípio da presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988, com esteio no Estado Democrático de Direito, instituiu inúmeros princípios que servem de alicerce para a proteção dos direitos elementares dos indivíduos, dentre eles o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, ao dispor expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

A partir de então, uma grande celeuma instalou-se no ordenamento jurídico pátrio, pois vigia na época o atual Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, fruto do Estado Novo, com bases notoriamente autoritárias, inspirado na legislação processual penal italiana, que trazia em seu bojo o ranço das ideais fascistas, diametralmente opostas àquilo que pregava a Constituição Federal, que acabara de instituir um sistema amplo de garantias individuais.

Até então, o nosso atual Código de Processo Penal era norteado pelo princípio da presunção de culpabilidade, que se assentava na ideia de que a simples existência de uma acusação implicava, necessariamente, em juízo de antecipação de culpa, sob o fundamento de que ninguém acusa quem é inocente.

Soma-se a isso o fato de que, de acordo com o texto do referido diploma, havia uma preocupação quase que absoluta com a segurança pública em detrimento da tutela e da liberdade individual.

A fim de dar efetividade às determinações expressas na Constituição Federal de 1988, que passaram a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado, o Código de Processo Penal de 1941 passou por inúmeras modificações, a exemplo das Leis nº 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 e 12.403/11.

As modificações ocorreram também na medida em que muitos dos seus dispositivos deixaram de ser aplicados por serem considerados materialmente incompatíveis com a Constituição de 1988, não tendo sido, em verdade, recepcionados.

Desta forma, o sentimento constitucional ocasionou a supressão e a modificação de entendimento sobre alguns dispositivos expressos no Código Penal e no Código Processual Penal, mormente aqueles que tratavam da restrição ao direito à liberdade.

Ocorre que, não obstante a evidente preocupação do constituinte com a garantia de certos direitos, como é o caso da presunção de inocência, a eficácia de certos princípios constitucionais não parece estar plenamente assegurada, principalmente em razão da predominante tendência à interpretação das regras da Constituição à luz de preceitos da legislação ordinária precedente.

Eis a razão de um estudo um pouco mais aprofundado sobre o princípio da presunção da inocência, que consiste em uma das mais importantes garantias consagradas na Constituição Federal, tendo em vista que através dele o acusado passou a adquirir uma posição de sujeito de direito na relação processual.

Diante disso, buscar-se-á, doravante, analisar o princípio da presunção da inocência em seu real sentido, com olhos postos no sentimento do constituinte de 1988, de forma a coaduná-lo com todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2.6.1 Histórico

Hodiernamente, a presunção de inocência é reconhecida como um direito universal do indivíduo. No entanto, nem sempre o cidadão foi titular de tal garantia frente ao Estado.

Segundo a lógica do ordenamento pré-revolucionário, o acusado não era um simples suspeito sobre a quem recaía uma imputação, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública, ao qual cumpria o encargo de provar a sua inocência.

Durante a Idade Média, nos séculos X, XI e XII, vigorava na Europa Ocidental o sistema feudal, época em que as decisões judiciais, emanadas de juízes que não possuíam qualquer tipo de qualificação, eram respaldadas no Direito Consuetudinário. (AS ORDÁLIAS..., 2016).

Naquela época, a justiça e a religião se confundiam, na medida em que vigia o sistema das ordálias ou “juízo de Deus”, que consistia em submeter o acusado a um desafio para que ele, assim, provasse sua inocência, pois se acreditava na intervenção divina durante a provação proposta, de forma que, se o acusado fosse, de fato, inocente, Deus não permitiria que ele viesse a sofrer as consequências do desafio imposto pela ordália.

Da baixa Idade Média em diante, com o advento da noção de Estado como uma organização política e jurídica, a noção de justiça e as regras de Direito passaram a ser aplicadas com base em elementos objetivos, dando-se espaço às provas racionais em detrimento das ordálias e dos duelos judiciários.

A partir do século XIII, o rei passou a concentrar cada vez mais poder em suas mãos, inclusive o poder de julgar, fazendo as outras jurisdições enfraquecerem. Somente a partir do século XIV, a função jurisdicional passou a ser exercida por juízes com formação jurídica. (AS ORDÁLIAS..., 2016).

Carolina Alves de Souza Lima (2004, p. 39) afirma que:

O Direito na Idade Média, seja o dos povos germânicos, seja o canônico, seja o feudal, não se preocupou com a proteção dos Direitos Fundamentais do Homem. Foi um período da História no qual tanto a Igreja quanto o Estado buscavam se fortalecer politicamente. Assim, apesar da previsão do direito de recorrer das decisões judiciais, em algumas situações, o objetivo da Igreja e do Estado era centralizar o poder e, dessa forma, fortalecê-lo [...].

No século XVII, surgiu a obrigatoriedade da fundamentação das sentenças em alguns países europeus. Na França, com o Édito de 8 de maio de 1788, passou-se a exigir que toda sentença criminal enumerasse e qualificasse expressamente os crimes e delitos.

Como se vê, os direitos fundamentais defendidos a partir da Magna Carta até a Revolução Francesa eram baseados numa concepção individualista do Direito e com o mero objetivo de limitar o poder do monarca.

Apesar dos rigores, o sistema repressivo revelava-se incapaz de deter o aumento da criminalidade, resultado do crescimento populacional ocasionado pela Revolução Industrial. Com isso, a reestruturação da justiça criminal mostrou-se imperiosa, cujo objetivo passou a ser punir melhor, e não punir mais.

Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 500) afirma:

Em geral, costuma fazer-se um corte histórico no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao Virgínia BUI of Rights (12-6-1776) e à Déclaration des Droits de VHomme et du Citoyen (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais.

Somente a partir da Revolução Francesa, em razão das ideias iluministas, o direito encontrou amparo na razão. As teorias iluministas revelavam uma preocupação humanística com os direitos do homem, sobretudo por considerarem que ao processo penal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. (GOMES FILHO, 1991).

Os ideais da Revolução Francesa foram os responsáveis pela elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, considerada o grande berço de inúmeras garantias, notadamente do princípio da presunção da inocência.

O art. 9º do referido diploma proclamava solenemente: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (FRANÇA, 1789).

O princípio da presunção de inocência, declarado como direito natural, inalienável e sagrado do homem pela Assembleia Nacional Francesa, apresentava duplo significado. De um lado, o princípio apresenta-se como regra de direito processual, segundo a qual não recai sobre o acusado o ônus de provar sua inocência, na medida em que ela é presumida, de outro, o princípio impede a adoção injustificada de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da sua culpabilidade.

Mesmo após a positivação do princípio, na primeira metade do século XX, a presunção de inocência foi altamente atacada nos anos que antecederam aos regimes totalitários, em especial por juristas italianos que viam o princípio como produto da “falida pseudodemocracia”. A exemplo, Gomes Filho (1991) afirma que Manzini desenvolveu a ideia da substituição da presunção da inocência pela presunção da não culpabilidade, pois, segundo ele, o escopo do processo penal seria a verificação do fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, que se deu em 1945, erigiu-se a necessidade de se afirmar, em um documento supranacional, os valores fundamentais de respeito à pessoa humana como pressupostos para a convivência harmônica entre as nações.

Com isso, em 10 de dezembro de 1948, na cidade de Paris, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que incluiu inúmeras disposições relativas às garantias do justo processo, mormente quanto ao processo penal.

Segundo o art. 11, 1, “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova a sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. (ONU, 1948).

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1953, também consagra o princípio da presunção da inocência, no seu art. 6, 2., quando dispõe que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. (CONVENÇÃO..., 1953).

Sobre o assunto, Gomes Filho (1991, p. 18), assevera:

O princípio da presunção da inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração de culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa.

O princípio da presunção de inocência tornou-se novamente objeto de um texto internacional, quando, em 16 de dezembro de 1966, foi reafirmado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no seu art. 14, 2, que dispunha que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. (ONU, 1966).

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece inúmeras garantias em favor do acusado, sobretudo o direito do culpado ao reexame da condenação por um órgão de jurisdição superior (art. 14, 5), o direito à indenização por erro judiciário (art. 14, 6), bem como o direito de não ser processado pelo mesmo crime (art. 14, 7).

No continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinalada na Conferência de San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reiterou o aludido princípio em seu art. 8º, §2º, segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (CONVENÇÃO..., 1969).

Como assinala Luigi Ferrajoli (2010, p. 506), “[...] esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Diante de um contexto histórico no qual o acusado era submetido a um procedimento inquisitório e secreto, a presunção de inocência apresentou-se como um princípio fundamental no quadro de uma reforma penal e processual penal que postulava a estrita legalidade das punições e um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa.

2.6.2 Princípio da presunção da inocência no Direito Comparado

A positivação do princípio da presunção de inocência nas constituições modernas evidencia a escolha pela observância à dignidade da pessoa humana no âmbito do processo penal.

Não obstante alguns países não terem positivado o princípio da presunção de inocência, é reconhecida sua aplicação por fórmula implícita decorrente de outras garantias processuais como o devido processo legal ou, ainda mesmo, pelas normas de recepção dos direitos fundamentais reconhecidos nos tratados internacionais.

Diante disso, revela-se de extrema importância cotejar alguns dos principais sistemas legais que reconhecem, em nível constitucional ou legal, o instituto da presunção de inocência, analisando as diferenças quanto ao conteúdo e ao limite temporal, tendo em vista que as constituições têm por finalidade delinear e adequar ao seu ordenamento jurídico os direitos outrora assegurados nos diplomas internacionais.

Na França, o preâmbulo da Constituição de 1946, ao reafirmar os direitos do homem consagrados pela Declaração de 1789, reintroduziu a presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio, desconhecida pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 e pelo *Code de Procédure Pénale* de 1958. No entanto, a referida garantia era considerada apenas princípio geral do direito. (GOMES FILHO, 1991)

Gomes Filho (1991, p. 24) ressalta que “[...] as disposições do seu preâmbulo adquiriram valor de texto constitucional positivo, dando lugar ao controle de constitucionalidade, pelo que a doutrina não hesita em afirmar que a regra do art. 9º da Declaração de 1789 constitui direito positivo”.

Na Itália, o princípio da presunção de inocência foi introduzido na Constituição de 1948, que dispõe no seu art. 27, § 2º, “que o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. (ITÁLIA, 1948).

A redação do aludido dispositivo foi resultado de um meio termo entre as ideias daqueles que defendiam a inclusão do princípio da presunção de inocência no texto constitucional e daqueles que sustentavam que o referido princípio não se coadunava com a real condição do acusado (GOMES FILHO, 1991).

Por mais claro que possa parecer o texto constitucional, alguns autores, a exemplo de Vannini, negam valor positivo à regra, tomando-a como mera proclamação política, sem qualquer repercussão na disciplina do processo, demonstrando que, infelizmente, em muitos predomina o sentimento de *vindicta* em contraposição ao sentimento da justiça.

Daí se vê que, independentemente da redação constitucional, há sempre aqueles que negam o sentido real da norma, fundamentando seus argumentos em forçadas interpretações que, muitas das vezes, exorbitam da atividade hermenêutica.

Não obstante, é forçoso concluir que, após a queda do fascismo, houve um lento, porém gradual, avanço em direção à limitação da liberdade pessoal do acusado no curso do processo.

Na Espanha, a presunção da inocência encontra-se prevista na Constituição Espanhola de 1978, como garantia mínima do processo penal, em seu art. 24, 2, que assim dispõe:

Art. 2º. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (ESPAÑA, 1978).

A presunção de inocência disposta no artigo 24, 2, da Constituição Espanhola atua como verdadeira regra jurídica que impede a presunção de culpabilidade e garante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

No Direito Espanhol, a culpabilidade se alcança somente com o esgotamento da via recursal. O início do cumprimento da pena de prisão poderá ser executada apenas quando a sentença penal condenatória for “firme”, ou seja, após o trânsito em julgado.

Assim dispõe o artigo 3º, do Código Penal Espanhol:

Art. 3º. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.
Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes. (ESPAÑA, 1995).

Como se observa, o texto legal espanhol é claro em proibir a execução da condenação criminal antes do trânsito em julgado, não restando espaço para interpretação diversa.

A Lei Processual Espanhola (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) ao dispor sobre o sistema recursal e o conceito de trânsito em julgado, estabelece a possibilidade de interposição de Recurso de Apelação e Recurso de Cassação.

O Recurso de Apelação consiste na via ordinária de revisão da condenação pela instância superior (Tribunais Superiores de Justiça), enquanto que o Recurso de Cassação é a via extraordinária, que se presta à análise de possíveis violações à lei ou à forma presentes no julgado, de competência do Tribunal Supremo.

Segundo o art. 861 bis a), da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, no caso do Recurso de Cassação, a interposição do recurso impede a execução da sentença, exceto nos casos de

recurso contra sentença absolutória e de corrêus que não tenham recorrido, como se observa, *in verbis*:

Artículo 861 bis a). Las sentencias contra las cuales pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. Si en dicho término se preparare el recurso, el Tribunal dispondrá, al remitir la causa o ramo, que se contraiga testimonio de resguardo de la resolución recurrida, que conservará con las piezas separadas de la causa para ejecución de aquélla en su caso. También acordará en la misma resolución que continúe o se modifique la situación del reo o reos y lo pertinente en cuanto a responsabilidades pecuniarias, así como adoptará en las mismas piezas los acuerdos precedentes durante la tramitación del recurso para asegurar en todo caso la ejecución de la sentencia que recayere. Si la sentencia recurrida fuere absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad. (ESPAÑA, 1882).

Nesse sentido, tem se manifestado o Tribunal Constitucional Espanhol, conforme aponta Sanguiné (2003, p. 448-449):

De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que “em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou a antecipação da pena”, considerando que o “momento essencial desse regime é a consideração da presunção de inocência como regra de tratamento. (grifo nosso). O fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva. E isso quer dizer que esta não pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda não tenha sido juridicamente estabelecida”, já que “utilizar com tais fins a privação de liberdade excede os limites constitucionais”. Portanto, não se pode atribuir à prisão provisória uma finalidade retributiva incompatível com sua natureza cautelar e com o direito à presunção de inocência do imputado. Neste sentido, o Tribunal Constitucional esclarece que o direito fundamental à presunção de inocência impõe limites infranqueáveis à adoção da prisão provisória com o fim de impulsionar a investigação do delito, obter provas ou declarações (SSTC 156/1997, F.J. 3º; 67/1997, F.J. 2º). Portanto, a satisfação de maneira imediata das demandas sociais de segurança ou inclusive de vingança imediata através da prisão provisória, no caso em que, diante de certos delitos, a sociedade demande uma resposta que não possa demorar-se no tempo, é uma finalidade não admitida pelo Tribunal Constitucional, pois com ela pretende-se conseguir resultados que são próprios da pena, mas que não podem ser assumidos por uma medida, como a prisão provisória, que é decretada anteriormente à sentença. Adotar a prisão provisória nestes casos não é outra coisa senão relacioná-la ao cumprimento de uma pena.

Em Portugal, somente após a Revolução de abril de 1974, a proteção dos direitos do homem passou a ser uma preocupação do processo penal português.

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976, estabeleceu, no seu art. 32, que “todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação”. (PORTUGAL, 1976). No entanto, a reforma de 1982 acrescentou ao texto original: “devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. (PORTUGAL, 1982).

Impende mencionar que a importância dada à celeridade processual foi tamanha que um novo Código de Processo Penal foi aprovado a fim de efetivar a vontade do

constituente. Uma das diretrizes fixadas para o estatuto foi a consagração de um incidente destinado a acelerar o trâmite processual ou a realização do julgamento.

O atual Código de Processo Penal Português prevê, em seu art. 204, c, que a prisão preventiva pode ser decretada caso esteja presente o requisito do “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade pública ou de continuação da atividade criminosa”. (PORTUGAL, 1929).

Por sorte, mesmo evidente o desprestígio aos direitos e garantias do acusado, parte considerável dos juristas portugueses sustenta a prevalência do direito à liberdade em detrimento de suas restrições, entendendo que em face da presunção de inocência a prisão preventiva só pode se justificar por finalidades cautelares.

Na Alemanha, por sua vez, a Constituição Alemã (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), de 23 de maio de 1949, não contempla expressamente a presunção de inocência, porém, segundo aponta Barbagalo (2015) o Tribunal Federal Constitucional considera a garantia incluída no princípio do Estado de Direito e um setor da doutrina a considera como consectária do respeito à dignidade humana (art. 1º da Constituição) ou do reconhecimento das regras de Direito Internacional (art. 25 da Constituição).

Importa colacionar a seguinte passagem de decisão da Corte Constitucional Alemã:

No instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado no art. 2, II, e no art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa persecução de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada (volle Entziehung) da liberdade é um mal, que, no Estado de Direito, só de aplica, fundamentadamente, àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado. A aplicação dessa medida contra suspeito da prática de um ato criminoso somente será admissível em casos excepcionais. **Daí resulta que, em razão da presunção de inocência, somente poderão ser tomadas medidas de restrição de liberdade, semelhantes à pena de prisão, em casos de presunções fortes e urgentes contra o acusado.** A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do disposto no art. 6º, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Uma solução adequada a este conflito relativo a dois princípios importantes do Estado de Direito somente será alcançada se se puder contrapor, como corretivo, em face da restrição da liberdade considerada necessária e adequada da perspectiva da persecução criminal, permanentemente a pretensão da liberdade do acusado ainda não condenado. Isso significa: a prisão provisória há de observar na sua decretação de execução o princípio da proporcionalidade. A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do

responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do acusado. (ALEMANHA, 1949, grifo nosso).

Diante dessa breve análise, nota-se que alguns países optaram por não prever expressamente a presunção de inocência no corpo da Constituição, a exemplo da Alemanha, outros condicionaram a manutenção do *status* de inocente até a comprovação da culpa e alguns ao julgamento definitivo, a exemplo da Itália, de Portugal e do Brasil, como veremos a seguir.

2.6.3 Histórico do princípio da presunção de inocência no Brasil

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a contemplar expressamente o princípio da presunção de inocência. Até então, as constituições anteriores apenas haviam feito referência ao aludido princípio, que somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal.

Não obstante a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a discussão sobre a presunção de inocência, não houve qualquer reforma processual a fim de amoldar o princípio ao ordenamento jurídico.

Gomes Filho (1991, p. 31) destaca que, embora sem o reconhecimento definitivo, o tema já merecera a atenção do Supremo Tribunal Federal, em pelo menos dois julgamentos importantes:

1- No primeiro deles, em que se discutia a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), disposição essa que previa a “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista”, só pela prisão em flagrante delito ou pelo reconhecimento da denúncia, até sentença absolutória, a Suprema Corte, em decisão unânime, houve por bem reconhecer a inconstitucionalidade da referida norma; assentou-se então que o art. 150, §35, da Constituição de 1967 compreendia “todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição”, com referência expressa à presunção de inocência, como constou no voto do Min. Gonçalves de Oliveira.

2- Em outra oportunidade, a propósito da validade de preceito da Lei Complementar n. 5, de 1970, em face da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, examinou-se no Supremo Tribunal Federal a existência, em nosso ordenamento, de uma presunção de inocência em favor do acusado, posto que o art. 1º, I, n, da mencionada Lei Complementar previa a inelegibilidade daqueles que estivessem respondendo a processo criminal. Embora a conclusão adotada fosse pela constitucionalidade da regra questionada, contra dos votos dos Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy da Rocha, que sustentaram com veemência a positividade do princípio de inocência em nosso ordenamento, em face do art. 135 da Constituição de 1969, a maioria vencedora não chegou a negar cabalmente a validade do preceito, preferindo argumentar com sua inaplicabilidade à matéria eleitoral tratada, por ser de “natureza exclusivamente processual penal.

Com o término da sombria época da ditadura militar e a retomada da democracia com a eleição indireta do Presidente José Sarney, em 1985, a Emenda Constitucional n. 26, cujo objetivo precípua foi a convocação da Assembleia Constituinte, foi encaminhada pelo governo e aprovada, em 27 de novembro de 1985, pelo Congresso.

A composição da constituinte por 559 deputados federais e senadores eleitos em novembro de 1986 não foi bem vista inicialmente, sobretudo porque não haveria eleições exclusivas para a formação da Assembleia. O fato de senadores biônicos comporem a Assembleia também gerava certo descontentamento, haja vista que refletia a influência do executivo nos trabalhos da constituinte. (BARBAGALO, 2015).

Nesse sentido, Barbagalo (2015) aponta que ainda antes do início dos trabalhos da Assembleia Constituinte, esse temor cresceu, quando o governo pelo Decreto de nº 91.450, de 18 de julho de 1985, criou uma comissão provisória de estudos constitucionais, cuja tarefa seria apresentar um Anteprojeto de Constituição.

Em 24 de setembro de 1986, a comissão provisória apresentou um anteprojeto constitucional, que já previa a garantia da presunção de inocência no seu artigo 47, § 7º, assim dispo: “presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”. (BRASIL, 1986).

O referido projeto, no entanto, não prosperou, não tendo sequer sido enviado à Assembleia, servindo apenas como subsídio aos trabalhos dos legisladores constituintes.

Já por ocasião dos trabalhos da Assembleia Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, os debates voltaram-se novamente à necessidade da positivação do princípio da presunção de inocência.

Sobre o funcionamento da Assembleia Constituinte, Barbagalo (2015, p. 49) assevera:

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, elaborou-se um Regimento com orientação que previa a formação de oito Comissões temáticas, restando ainda uma Comissão de Sistematização, sendo que dentre aquelas Comissões, uma ficou responsável pela “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual se subdividiu em três subcomissões, sendo uma delas responsável pelos Direitos e Garantias Individuais. Assim, os trabalhos da Assembleia dividiram-se em três etapas, partindo dos temas selecionados pelas Comissões Temáticas, seguindo para Comissão de Sistematização que minutava o texto na forma de projeto e seguindo, então, para o Plenário para deliberação de todos os constituintes.

O princípio da presunção de inocência passou a figurar nos anteprojetos da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, no art. 3º, XIX, g, “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”,

assim como da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais “considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1987).

Durante os trabalhos, após algumas reuniões da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, o constituinte Antônio de Jesus, apresentou a Sugestão nº 385/6, que previa no § 6º, que: “todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa”. (BRASIL, 1987).

Por outro lado, o constituinte Darcy Pozza, relator da subcomissão, apresentou um relatório, com o anteprojeto, afirmando que, após receber mais de 1.121 sugestões de textos normativos para o capítulo Direitos e Garantias Individuais, inseriu a seguinte redação: “Considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1987).

Outras emendas foram propostas como a do constituinte Bonifácio de Andrada que aproximava o texto constitucional daquele editado nos principais diplomas internacionais: “Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa” (Emenda n. 1P16855-4). A proposta de emenda do constituinte Cunha Bueno era na mesma linha: “Todo o acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ser preservada ao máximo possível essa condição”. (BRASIL, 1987).

A redação definitiva, consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, foi elaborada por José Ignácio Ferreira, que sugeriu a alteração do texto existente para “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1987).

Segundo o constituinte, a razão da modificação do texto consistia em caracterizar mais tecnicamente a denominada presunção de inocência e, assim, manter inteiramente a garantia. (GOMES FILHO, 1991).

Posteriormente, Osvaldo Coelho ainda apresentou a emenda: “Ninguém será considerado culpado nem identificado criminalmente antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, enquanto Jairo Bisol apresentou a seguinte proposta: “Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Antônio Mariz, Nelton Friedrich e José Richa e outros repetiram o texto apresentado por José Ignácio Ferreira. (BRASIL, 1987).

A redação então adotada permite uma interpretação muito mais abrangente do princípio da presunção da inocência, em relação à redação dos textos internacionais, na medida em que não restringe ao “acusado” e, portanto, à esfera do procedimento penal

propriamente dito, reportando-se a todos os estágios da persecução penal, inclusive ao inquérito policial.

Por fim, em 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica, por meio do Decreto Legislativo nº 678/92. Aduz o diploma, no seu art. 8º, I primeira parte que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (CONVENÇÃO..., 1969).

Conforme destaca Gomes Filho (1991), mesmo a após expressa previsão do princípio no texto constitucional, verificou-se a nítida tendência, já registrada pela doutrina italiana, de interpretar-se a norma constitucional à luz da legislação ordinária preexistente, descartando-se as previsões da Lei Maior, sob a invocação de serem meramente “programáticas”.

2.6.4 Alcance semântico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Como dito alhures, a Constituição de um Estado é, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988, no seu art. 5º, LVII, dispõe expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Cotejando a redação do aludido princípio previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, no texto constitucional, a garantia do estado de inocência é muito mais ampla, de modo que se estende a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2) o faz tão somente à comprovação de culpa.

Analisando tão somente o texto disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, poder-se-ia concluir equivocadamente que a presunção da inocência não devesse aguardar o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, a exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de uma apelação, uma vez observado o princípio do duplo grau de jurisdição.

No entanto, a redação constitucional é bastante clara ao instituir um marco temporal para a manutenção do estado de inocência do acusado, qual seja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, o alcance mais amplo da redação constitucional deve prevalecer em detrimento da Convenção Americana, uma vez que a própria Convenção, em seu art. 29, b, dispõe que:

Artigo 29. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados. (CONVENÇÃO..., 1969).

Conforme se extrai do aludido dispositivo, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas, mais protetivas, que existam no direito interno dos países signatários, devendo prevalecer no âmbito interno dos países, sempre a norma mais favorável.

Por via reflexa, forçoso concluir que o nosso texto constitucional deve ser prestigiado, não podendo, assim, ser afastado sequer pela Convenção Americana de Direitos Humanos (ainda que esta tenha sido recepcionada com status constitucional), tampouco por normas previstas em constituições estrangeiras.

Em que pese à importância do Direito Comparado, mormente quando da criação de novas normas, nos debates acadêmicos e por ser uma ferramenta hermenêutica, não se pode perder de vista que os sistemas constitucionais alienígenas jamais podem ser utilizados para justificar interpretações restritivas de um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental.

No ordenamento pátrio, o princípio da presunção de inocência consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) a fim de afastar a credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (BRASILEIRO, 2014).

Afirma-se frequentemente na doutrina que o princípio da presunção de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer

restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. (PACELLI, 2012).

A regra probatória estabelece que compete à acusação a demonstração da culpa do acusado, bem como que não cabe ao acusado demonstrar sua inocência, que permanece presumida até uma decisão definitiva.

Gomes Filho (1991, p. 39) sustenta que, “[...] em primeiro lugar, o princípio da presunção de inocência indica qual deve ser o objeto do procedimento probatório, pois a presunção, antes de inverter o ônus da prova, altera-lhe o objeto”. Em outras palavras, o objeto do processo penal deve ser a verificação da existência dos fatos imputados, e não a investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado, bem como não deve o processo penal destinar-se à mera ratificação dos elementos colhidos durante a fase inquisitiva.

O segundo desdobramento do princípio em matéria probatória consiste na impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar com a investigação dos fatos, inserindo-se na questão o direito ao silêncio, bem como o comparecimento do réu em interrogatório.

Gomes Filho (1991, p. 728) elenca o que para ele seriam os consectários da regra probatória:

- a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus da prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar com a apuração dos fatos (daí seu direito ao silêncio).

Por outro lado, a regra de tratamento impõe que a privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo, sendo manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. (BRASILEIRO, 2014).

Desta feita, por força da regra de tratamento extraída do princípio da presunção de inocência, o Estado está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

Nessa perspectiva, segundo as asserções de Pacelli (2012, p. 48), “[...] o estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não

fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.

Como se vê, a proibição da antecipação da pena não permite um estado de insegurança nem um permissivo para a prática de crimes, vez que o acusado que não age conforme os ditames legais pode ser preso provisoriamente, o que não se confunde com antecipação da pena.

Sendo assim, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa medida extraordinária de constrição da liberdade do indiciado ou do réu. (BRASILEIRO, 2014).

Nesse diapasão, Mirabete (1997, p. 43), destaca:

Em decorrência do princípio do estado de inocência, deve-se concluir que: **a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual (grifo nosso);** b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter convicção de que é ele responsável (pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (in dubio pro reo).

Em concordância, Gomes Filho (1991, p. 43) afirma:

Com efeito, a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.

Segundo o autor, as implicações mais perceptíveis do preceito dizem respeito à antecipação de medidas executórias contra o réu e, ainda, à disciplina das providências cautelares.

Com relação à antecipação de medidas executórias sobre o réu, parece ser inconciliável com o princípio constitucional qualquer forma de execução provisória do julgado penal, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. (GOMES FILHO, 1991).

Defende-se, ainda, essa incompatibilidade em razão do modelo jurídico de culpabilidade adotado no Brasil, que exige que o acusado só pode ser tratado como culpado após o transcurso inteiro do processo penal e do seu termo, que é alcançado com a imutabilidade da condenação.

Portanto, afirmar que a culpa está provada após a decisão de segundo grau é uma gravíssima impropriedade jurídica, visto que, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar a comprovação da culpa.

Na mesma linha de entendimento, Tourinho Filho (1997, p. 65) defende que “[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela”.

Ademais, não se pode olvidar que a alteração do Código de Processo Penal promovida pela Lei. 12.403/11 inseriu, acertadamente, no art. 283 a expressão “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 283. 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. (BRASIL, 2011).

Ainda sobre a amplitude do princípio da presunção de inocência no que tange à excepcionalidade das medidas restritivas à liberdade, impõe destacar que, embora o estado de inocência pincele o quadro das liberdades individuais plenas, conforme ensina Nucci (2010), o princípio em análise não tem o condão de impedir medidas restritivas estatais voltadas à garantia da segurança pública, como a quebra de sigilo ou o ingresso a domicílio, desde que utilizadas unicamente como exceções, isto porque a atuação repressiva por parte do Judiciário que busque garantir a captação da prova e a aplicação da lei processual/penal possui lastro constitucional.

Ademais, como assevera Renato Brasileiro (2014, p. 55), “[...] o princípio da presunção de inocência não proíbe a prisão cautelar decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo”. A razão disto decorre do fato de que o fundamento das prisões cautelares encontra-se na própria Constituição Federal, no seu art. 5º, LXI que dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988).

Diante disso, Canotilho (1993, p. 203) assevera que “[...] se o princípio for aplicado de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida acabará por inviabilizar o processo penal”.

Nessa esteira, Gilmar Mendes (2013, p. 521) sustenta que “[...] se aceitam como legítimas as medidas cautelares concernentes ao processo, com a adoção de determinadas medidas de caráter investigatório, tais como a interceptação telefônica”.

Por fim, afirma que toda providência ou restrição que importe a antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador. (MENDES, 2013).

2.7 Princípio da duração razoável do processo

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que trata da reforma do Poder Judiciário, foi responsável pela inserção explícita no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da duração razoável do processo, que já existia implicitamente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

De todo modo, a EC nº 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da nossa Constituição, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 2004).

É cediço que a observância ao princípio do devido processo legal pressupõe a realização de diversos atos sequenciais que objetivam a produção de provas e o deslinde da ação e que a prática dos atos processuais demanda prazos a serem observados, muitos de natureza peremptória, outros de caráter dilatório, sem contar aqueles impróprios, que, *data vênia*, são os maiores responsáveis pela morosidade processual.

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere deveria, ao menos, impor ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário em particular a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo.

O que se percebe diante dos derradeiros julgados que se justificam no princípio da duração razoável do processo é a tentativa de abreviar a duração do processo (aceleração antigarantista), não para assegurar direitos, senão para violá-los, atropelando as garantias fundamentais. O processo penal demanda tempo suficiente para o exercício pleno dos direitos e garantias processuais.

Muito se discute sobre a estipulação de um prazo que seja razoável para o andamento do feito e pouco se tem feito para, de fato, tornar efetivo o princípio da duração razoável do processo. Como assinala Gilmar Mendes (2013), o assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e

controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça.

Não se pode perder de vista que, por vezes, a conduta da defesa obsta a observância ao aludido princípio, na medida em que conturba o feito com pedidos procrastinatórios e inócuos, não com o objetivo de garantir a ampla defesa, mas de conduzir o processo à prescrição.

Ocorre que o reconhecimento do excesso de prazo deve ser precedido da análise da complexidade da causa, do comportamento das partes e da atuação estatal. Cabe ao magistrado atuar no sentido de manter, com absoluta ponderação, o cumprimento dos prazos processuais, estabelecidos em lei, nomeando, por exemplo, novo defensor ao acusado, uma vez observada manobra defensiva com intuito protelatório. (NUCCI, 2010).

No intento de assegurar o princípio da duração razoável do processo a qualquer custo, inclusive transgredindo garantias individuais do cidadão, vozes sustentam que recorrer em liberdade contra uma condenação em segundo grau configura uma exacerbação da presunção da inocência, prejudicando, inclusive, a pretensão punitiva estatal, na medida em que poderia atingir a sua prescrição.

Segundo Damásio de Jesus (1995, p. 85), “[...] a prescrição é um castigo à negligência da autoridade, consiste na perda do poder-dever de punir do Estado que não agiu durante certo tempo”. Ora, se a prescrição é justamente uma punição ao Estado, não pode o réu cumprir antecipadamente a pena para suprir a inércia do poder público em executar a sentença.

No entanto, não se deve confundir a ampla oportunidade de defesa com procrastinação indevida do feito. O que realmente ocorre é a lamentável consagração da lentidão do Judiciário, abarrotado de processos, com o escoamento menor do que a entrada de novas demandas. Eis o fato ilustrativo do trâmite demorado e, possivelmente, uma das causas geradoras de impunidade, inclusive pelo advento da prescrição.

Nucci (2010, p. 266), afirma que “[...] não é a atuação do defensor, em busca da mais perfeita forma de proteção ao acusado, o obstáculo para a rápida aplicação da lei penal”. Houvesse celeridade nas Varas e Tribunais, por mais frequentes que fossem os requerimentos da defesa, não haveria viabilidade para o entrave.

Continua afirmando que a ampla defesa é fator de estabilidade no cenário dos direitos e garantias individuais, servindo de contrapeso à força repressiva estatal, no campo do Direito Penal.

A busca pela efetividade do sistema penal não pode ser alcançada em detrimento da certeza da culpa, com a prisão de um possível inocente, sob pena de se incorrer em uma grave violação dos direitos humanos.

“A duração razoável do processo deve ser vista como interesse geral a ser perseguido, mas sem tolher a ampla defesa, pois há a necessidade de perfeito equilíbrio entre os direitos e garantias humanas fundamentais”. (NUCCI, 2010, p. 266).

Nessa perspectiva, Aury Lopes (2017) sugere como meio de efetivar o princípio da duração razoável do processo a existência de um marco normativo interno de duração máxima do processo e da prisão cautelar, construído a partir das especificidades do sistema processual de cada país, mas tendo como norte um prazo fixado pela Corte Americana de Direitos Humanos, de modo a afastar a doutrina do “não prazo”.

Ademais, segundo o autor, deve-se abandonar a teoria de que soluções compensatórias (reparação dos danos) e atenuação da pena (sequer aplicada pela imensa maioria de juízes e tribunais brasileiros) são suficientes para inibir a arbitrariedade estatal.

Aury Lopes (2017) sustenta, ainda, que é necessário que o reconhecimento da dilação indevida também produza a extinção do feito, enquanto inafastável consequência processual, uma vez que o Poder Estatal também está subordinado à legalidade, e isso também inclui o respeito a certas condições temporais máximas.

Finaliza afirmando que “[...] tão ilegítima como é a admissão de uma prova ilícita, para fundamentar uma sentença condenatória, é reconhecer que um processo viola o direito de ser julgado num prazo razoável e, ainda assim, permitir que ele prossiga e produza efeitos”. (LOPES JR, 2017, p. 92). É como querer extrair efeitos legítimos de um instrumento ilegítimo, voltando à absurda máxima de que os fins justificam os meios.

Nas palavras do professor Paulo Rangel (2014, p. 45), “[...] prestação jurisdicional tardia não é justiça, mas prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco à democracia”.

3 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA PENDÊNCIA DE IMPUGNAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS

A execução antecipada da pena consiste em executar o título judicial condenatório sujeito à impugnação de natureza extraordinária, ou seja, expedir guia de recolhimento à prisão do réu antes do seu trânsito em julgado.

Desde os primórdios do Código Penal de 1940 e do Código de Processo Penal de 1941, levar um condenado não definitivo à prisão era algo muito recorrente no Brasil, sendo admitido na maioria dos Tribunais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou o princípio da presunção de inocência, bem como de outros princípios adrede mencionados, impôs um esforço por parte do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no sentido de ajustar o Código de Processo Penal de 1941 às novas regras e postulados instituídos na nova Lei Maior, claramente garantista.

Com o advento da Lei nº 8.038/1990, que passou a prever que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo, instaurou-se uma prolongada discussão entre doutrinadores, legisladores e jurisprudência sobre a possibilidade de executar antecipadamente a sentença penal condenatória confirmada pelo segundo grau de jurisdição, até que, em 05 de fevereiro de 2009, no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a prisão do réu antes da sentença condenatória transitada em julgado ofenderia o princípio da presunção da inocência expressamente previsto em seu artigo 5º, inciso LVII, da CF/88.

Na oportunidade, o Pretório Excelso conferiu de modo indireto efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, já que inviável a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença condenatória e que a constrição de liberdade, nesse caso, só seria possível quando revestida de medida cautelar, a qual deveria atender os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

No entanto, transcorridos 7 (sete) anos da data da decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal retomou novamente a discussão sobre a questão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, tendo reconhecido, em 17 de fevereiro de 2016, a possibilidade da execução provisória da pena, contrariando o entendimento até então pacificado, e, novamente, desencadeando discussão sobre o tema.

Doravante, observaremos o caso em comento, assim como os fundamentos favoráveis e contrários argumentados pelos Ministros na ocasião do julgamento.

3.1 Análise do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

O paciente Marcio Rodrigues Dantas foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. (BRASIL, 1940).

A defesa do acusado apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Diante disso, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento de que o paciente sofreu constrangimento ilegal, na medida em que foi determinada a expedição de mandado de prisão contra o paciente exclusivamente em razão do não provimento da apelação, sem qualquer fundamentação cautelar que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado.

A defesa alegou, ainda, que a decisão representaria afronta à jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e ao dispositivo constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LVII, que expressamente, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No entanto, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Falcão indeferiu o pedido liminar, sob o argumento de que a via eleita pela defesa não foi adequada, já que contra decisório do Tribunal *a quo* é cabível a interposição de Recurso Especial, e não de *habeas corpus*.

Finalizou aduzindo que não restou verificada ilegalidade flagrante que excepcionasse a concessão da liminar pleiteada, conforme se extrai do acórdão:

HABEAS CORPUS Nº 313.021 - SP (2014/0343909-3) RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA IMPETRANTE: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO ADVOGADO: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(S) IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULOPACIENTE: MÁRCIO RODRIGUES DANTAS DECISÃO. [...] As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). **Na**

hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator. (grifo nosso) [...]
 Publique-se. Intimem-se. BRASIL - DF, 22 de dezembro de 2014. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente (HC 313021, MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente 17/02/2016, grifo do nosso).

Em face da decisão que indeferiu o pedido liminar, a Defesa de Márcio Rodrigues impetrou *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, não obstante a disposição da Súmula 691 do STF no sentido de que não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Diante do fato de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a não aplicação da súmula em casos excepcionais, como se deu no caso em concreto, o saudoso Ministro Teori Zavascki, em análise do pedido liminar, concluiu que a decisão do Superior Tribunal de Justiça contrariou o entendimento consagrado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, autorizando o excepcional conhecimento da impetração.

No entanto, no dia 17 de fevereiro de 2016, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), o Supremo Tribunal Federal denegou ordem ao *habeas corpus* por entender que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes votaram pela denegação da ordem, ao passo que os Ministros Lewandowski, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela concessão da ordem.

Os Ministros que se opuseram à concessão da ordem fundamentaram seus votos no sentido de que o princípio da presunção de inocência não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários enseja a execução antecipada do acórdão.

Sustentaram, ainda, que a duração razoável do processo encontra óbice no trânsito em julgado e que a espera pelo trânsito em julgado é um mecanismo para o alcance da prescrição da pretensão punitiva estatal.

O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que o caso em análise trata-se de verdadeira mutação constitucional, já que houve mudança de sentido da norma (art. 5º, LVII, da CF/88). Segundo ele, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias incentiva a infundável interposição de recursos protelatórios.

O saudoso Ministro ressaltou que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo, aos réus abastados, com condições de contratar melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.

Por último, Barroso justifica a execução antecipada da pena com o inusitado propósito de minimizar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, uma vez que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória conduz à prescrição da pretensão punitiva e, conseqüentemente, à sensação de impunidade junto à população.

Diante da controvérsia jurisprudencial resultante da decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que diversos tribunais passaram a adotar o mesmo posicionamento, ainda que este não tenha sido dotado de força vinculante, produzindo uma série de decisões contrárias àquilo que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por meio das quais requereram a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Na ADC 43, o PEN alega que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a possibilidade da execução antecipada, deveria ter examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, que estabelece a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. Segundo o partido, a decisão é incompatível com a norma do CPP e, portanto, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria que ter declarado sua inconstitucionalidade.

O partido requereu, subsidiariamente, que o Supremo interpretasse o art. 283 do CPP conforme a Constituição, a fim de determinar, até o julgamento final da ação, a aplicação das medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319 do CPP, em substituição ao encarceramento antecipado decorrente da condenação em segunda instância.

Em caráter cautelar, o PEN requereu a suspensão de eventuais execuções provisórias determinadas e a conseqüente soltura das pessoas que porventura foram recolhidas à prisão em decorrência de acórdão condenatório.

Subsidiariamente, requereu que, se os pedidos cautelares não fossem acolhidos, fosse realizada interpretação conforme a Constituição do art. 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito da ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial.

Em sede da ADC 44, a OAB alega que a decisão do HC nº 126.292 gerou um cenário jurisprudencial de grande controvérsia no que tange à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, o que causou uma grave ameaça à segurança jurídica.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil lembrou que, apesar da decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo país passaram a adotar o mesmo posicionamento, ignorando o disposto no art. 283 do CPP e, por consequência, a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante 10, do STF.

A OAB alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no art. 283 do CPP, tal omissão leva à conclusão de que o dispositivo permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Por isso, pede a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com base no HC nº 126.292, ignoraram o disposto no art. 283 do CPP. No mérito, o Conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43 e 44, determinou o apensamento das ações para que o julgamento possa ser realizado em conjunto. Na oportunidade do julgamento da liminar, o Ministro Marco Aurélio votou no sentido da constitucionalidade do art. 283, para conceder a cautelar pleiteada.

O Ministro Marco Aurélio votou pela suspensão de execução antecipada da pena para aqueles que não tiveram suas condenações transitadas em julgado e, ainda, pela libertação dos réus que foram presos em virtude de desprovimento de apelação e que recorreram ao Superior Tribunal de Justiça, com exceção daqueles presos por ordem de prisão preventiva.

Segundo o Ministro (informação verbal)¹, é inequívoco que o art. 283 do CPP se harmoniza ao princípio constitucional da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII), de modo que a literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas de que a constatação da culpa só ocorre com o julgamento em última instância. Em suas palavras:

¹ Informação fornecida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, publicada no site do STF em 01 de setembro de 2016.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. (AURÉLIO, 2016, informação verbal²).

Conforme o Ministro Marco Aurélio (2016), a prisão antes do trânsito em julgado é uma exceção que ocorre apenas nos casos previstos no art. 312 do CPP, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Nesse sentido, ao se admitir a prisão após decisão de segunda instância, ocorre uma inversão da ordem natural do processo criminal, no qual é necessário primeiro que haja a formação da culpa para só depois prender.

O Ministro destacou que o art. 283 do CPP, alterado pela Lei 12.403/2011, apenas concretiza a garantia constitucional explícita da não culpabilidade, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio STF. Segundo ele, a partir da decisão no HC nº 126.292, o entendimento do Tribunal reverteu a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do CPP.

Por outro lado, destacou que o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça demonstra a necessidade de se esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena. Ele argumentou que, segundo dados do Relatório Estatístico do STJ, a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%.

Enfatizou, ainda, que os números apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pela instituição foram ao menos parcialmente providos pelo STJ. Em março daquele ano, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são em relação aos pedidos de *habeas corpus*, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016.

O Ministro Marco Aurélio (2016) observou que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso reformado o título. No campo patrimonial, por exemplo, uma tutela antecipada pode ser revertida de forma que a situação retorne ao estágio anterior, mas o mesmo não ocorre na execução provisória da pena.

Apesar disso, com a retomada do julgamento da sessão, em 05 de outubro de 2016, prevaleceu, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), o entendimento de que a norma não impede a execução da pena após exauridas as instâncias ordinárias.

² Informação fornecida pelo Ministro Marco Aurélio, publicada no site do STF em 01 de setembro de 2016.

Ainda sobre a repercussão causada pelo HC nº 126.292/SP, a defesa do paciente Marco Aurélio interpôs Agravo contra decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário 964246, cujo relator, por prevenção, foi o saudoso Ministro Teori Zavascki. Na oportunidade, Teori afetou o processo ao plenário virtual, para que a Corte analisasse a existência de repercussão geral na matéria.

No entanto, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que pendentes recursos extraordinários. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida por unanimidade no Plenário Virtual.

Com a decisão, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias, uma vez que a repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida. Dessa forma, o Tribunal delibera apenas uma vez e tal decisão é multiplicada para todas as causas iguais.

Ocorre que, no dia 23 de maio de 2017, em uma entrevista concedida para o telejornal “Jornal Nacional”, da emissora Rede Globo, o Ministro Gilmar sinalizou que pode mudar de entendimento sobre a execução antecipada da pena, após uma sessão da Segunda Turma, onde são julgados os recursos da Lava Jato como, por exemplo, pedidos de liberdade.

O Ministro afirmou que se impressionou com dados apresentados pela Defensoria Pública, segundo os quais muitos condenados conseguem revisão de suas penas e dos regimes de prisão impostos junto ao STJ.

Segundo o Ministro, a prisão em segunda instância é uma possibilidade jurídica, não uma obrigação.

No voto escrito, Gilmar Mendes afirmou manifestar, desde já, sua tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

No dia 26 de maio do aludido ano, o Ministro ratificou que a obrigatoriedade da prisão em segunda instância pode levar a injustiças e por isso defendeu uma revisão da decisão.

O Ministro Gilmar Mendes (2017) declarou o que segue:

O problema é que está havendo uma enxurrada de casos em que, às vezes, há recursos pendentes, plausíveis até, isso tem que ser avaliado, e se decreta desde logo a prisão. Então, estamos dispostos a rever. Só que colocaria mais uma instância que examina essas questões. O que me impressionou muito com esse argumento foi o

grupo da defensoria que mostrou resultados estatísticos bastante plausíveis e nós estamos falando aí de réus pobres.

A manifestação de Gilmar Mendes tem sido discutida internamente entre os Ministros. Como se vê, no julgamento das ADCs 43 e 44, a execução antecipada da pena foi decidida por apenas um voto de diferença, o que nos faz concluir que há uma grande possibilidade de o Supremo Tribunal Federal rever sua decisão, caso a questão seja levantada novamente.

Diante da frequente mudança de entendimento dos próprios Ministros sobre o tema, como demonstrado há pouco, faz-se necessário analisar os argumentos utilizados pelos Ministros que votaram pela denegação da ordem do *Habeas Corpus* nº 126.292, com olhos postos nas disposições pertinentes ao tema previstas no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e nas demais legislações que dispõem sobre os recursos extraordinários.

3.2 Os recursos no processo penal

Alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no intento de sustentarem a tese da constitucionalidade da execução antecipada da pena, utilizaram o argumento de que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo e que estes não se prestam a garantir a ampla defesa do acusado. Convém, então, analisar algumas das particularidades dos recursos no processo penal.

A palavra recurso, segundo a etimologia, deriva do latim *recursus*, que significa “corrida de volta, caminho para voltar, voltar correndo”. Do ponto de vista processual, “recurso é um remédio jurídico, voluntário, com assento constitucional, que visa ao reexame de uma decisão por um órgão superior ou pelo próprio órgão que proferiu a decisão impugnada, seja ele administrativo, seja jurisdicional”. (RANGEL, 2014, p. 951).

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “garante-se aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

A exigência constitucional é clara ao garantir que é direito de toda pessoa submetida a um processo penal obter nova decisão sobre a matéria de seu interesse. Trata-se, na verdade, de desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até a decisão proferida.

Ada Pellegrini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance (2009), ao conceituarem recursos, afirmam que as suas principais características são o fato de serem eles anteriores à

coisa julgada, a circunstância de não ensejarem a instauração de nova relação processual e propiciarem a reforma ou invalidação da decisão, bem como o seu esclarecimento ou integração.

Paulo Rangel (2014, p. 952), por sua vez, ensina que um dos fundamentos do recurso é a “[...] falibilidade humana, uma vez que, sabendo-se de que uma decisão poderá acarretar graves prejuízos a qualquer uma das partes e, ainda, tornar-se imutável, estabelece-se a possibilidade de se reexaminar uma decisão”.

Afirma, em sequência, que se torna o recurso uma necessidade psicológica de levar a decisão à apreciação de pessoas mais experientes e de maior conhecimento jurídico, não significando dizer que estas também não possam errar. O autor destaca, no entanto, que a margem de erro é muito menor, pois, quanto mais pessoais puderem ter acesso à decisão para reexaminá-la, melhor para a sociedade, que se sente mais segura, mais protegida e livre do arbítrio de uma só pessoa, em fiel observância ao princípio da certeza jurídica.

Ada Pellegrini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance (2009, p. 43) defendem que “[...] no ordenamento jurídico brasileiro todos os recursos obstam o trânsito em julgado da decisão impugnada e que o primeiro e constante efeito dos recursos é exatamente o de impedir a preclusão”.

Ora, a decisão, pelo simples fato de estar sujeita a recurso, é ato ineficaz, só podendo produzir efeitos caso o recurso não venha a ser interposto.

Segundo alguns doutrinadores, a decisão sujeita a recurso seria ato perfeito, mas sujeito a revogação, ocorrendo esta apenas quando o órgão *ad quem* a reformasse. Para outros, tratar-se-ia de ato submetido à condição resolutiva, de modo que a decisão nasceria desde logo provida dos requisitos necessários para viver de maneira estável, mas exposta a perder a eficácia no caso de o julgamento na instância recursal reformá-la, o que não se mostra compatível com os princípios constitucionais do processo penal.

Por último, há uma terceira posição, adotada por Ada Pellegrini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance (2009), segundo a qual a decisão sujeita a recurso é ato subordinado à condição suspensiva. Assim, a sentença nasce, de fato, com todos os requisitos necessários à sua existência, mas privada de sua eficácia. Somente diante da não superveniência de outro pronunciamento, na instância recursal, a decisão recorrida produzirá seus efeitos.

Cotejando as posições com o processo penal constitucional, entende-se que a terceira posição é a que mais se coaduna com a proteção integral dos direitos e garantias individuais já estudados.

De qualquer modo, a razão de ser do recurso é muito mais que o inconformismo das partes, mas, dentre muitas possibilidades, o excesso na sanção aplicada ou o pior e não raro, o nefasto erro judiciário, que infelizmente é encontrado nos anais dos grandes julgamentos brasileiros.

De tal forma, importa, doravante, analisarmos os efeitos dos recursos, notadamente dos recursos especiais e extraordinários, cuja interposição, segundo a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais impede a execução do acórdão condenatório.

3.3 Recursos extraordinários

Conforme as lições de Grinover, Gomes Filho e Scarance (2009), diferentemente dos recursos ordinários, que correspondem àqueles que têm por objetivo a proteção do direito subjetivo do recorrente, os recursos extraordinários, cujas regras de cabimento são excepcionais, têm como função a proteção do direito objetivo, e só mediatamente o do recorrente.

O recurso extraordinário é uma decorrência direta dos países cujo sistema é o federativo, caracterizados pela pluralidade de fontes normativas (União, Estados, Municípios) e também de órgãos judiciais, visto que a própria estrutura organizacional recomenda a previsão de mecanismos através dos quais seja possível a revisão das decisões de tribunais locais, sempre que nestes tiver sido tratada uma questão de direito constitucional.

Aury Lopes Jr. (2017, p. 1.063-1.064), conceitua os aludidos recursos nos seguintes termos:

[...] meios de impugnação de natureza extraordinária, na medida em que, respectivamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não reexaminam todo o julgamento, senão que se limitam ao aspecto jurídico da decisão impugnada, ou seja, à discussão das questões de direito expressamente previstas em lei. São, por isso, recursos de fundamentação vinculada, posto que a matéria discutida fica limitada àqueles expressamente previstos na Constituição.

Nessa perspectiva, os meios de impugnação extraordinários prestam-se somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de matéria de fato, sendo cabíveis apenas nas hipóteses taxativamente arroladas nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE, 2009).

A partir de então, traçadas as principais similitudes entre os dois recursos, passar-se-á para uma análise individualizada de ambos os recursos.

3.3.1 Recurso especial

O recurso especial tem como função garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões judiciais proferidas nos casos concretos pelos tribunais do país, além de se buscar evitar que interpretações divergentes acerca da legislação federal coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo. (NUCCI, 2014).

Portanto, no Superior Tribunal de Justiça é feito o controle difuso da legislação infraconstitucional, pela via do recurso especial, cabível para o julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. (OLIVEIRA, 2012).

Os casos de cabimento do recurso especial estão expressamente previstos no art. 105, III, da CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
 III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
 a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial ocorre quando a decisão do tribunal *a quo* for contrária a algum tratado internacional ou lei federal (Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais etc.), ou, ainda, negar-lhes vigência, no sentido de não aplicar dispositivo legal previsto em lei federal ou em tratado.

Segundo o professor Aury Lopes Jr. (2017), uma das razões mais recorrentes para a interposição de recurso especial é a não observância ou não aplicação de formas processuais, o que significa negar vigência, ou seja, a prática constante de atos judiciais ao longo do processo que são contrários às regras procedimentais ou probatórias.

No caso concreto, é fácil visualizar a negativa de vigência. Aury Lopes Jr (2014, p. 737) exemplifica com a seguinte situação:

Se a defesa, por exemplo, arguir a existência de um defeito insanável em sede de preliminar de apelação, postulando o reconhecimento da nulidade, e o tribunal não der provimento a esse pedido, em tese, poderá ingressar com recurso especial, discutindo exclusivamente essa questão jurídica (violação de norma federal ou negativa de vigência, conforme o caso).

Observa-se que, na maioria das vezes, a legislação infraconstitucional ou a disciplina contida em tratados internacionais no momento da aplicação do direito ao caso concreto não é observada. Em verdade, a contrariedade à lei federal ou tratado internacional trata-se de uma questão hermenêutica e, mais do que isso, de conformidade ou não entre a interpretação e aplicação feita pelo tribunal *a quo* em relação à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli (2012) afirma que decisão que contraria lei federal é decisão cuja interpretação do direito aplicável ao caso concreto não tenha levado em consideração norma expressa sobre a matéria, quando, ao contrário, a decisão sustenta explicitamente a não aplicabilidade ou mesmo a revogação de texto legal, a hipótese estaria caracterizando negativa de vigência.

No que tange ao procedimento, o recurso especial deve observar a tramitação prevista nos arts. 1.029 a 1.035 do Código de Processo Civil.

3.3.2 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário é o meio de controle difuso da constitucionalidade das leis, podendo ser interposto nos termos do art. 102, III, a, b e c, da Constituição da República, que reza:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
 a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988).

A admissão do processamento do recurso extraordinário pelo STF está condicionada à demonstração, por parte do recorrente, do prequestionamento, da relevância e da repercussão das questões constitucionais debatidas no caso concreto.

O procedimento do recurso extraordinário vem expressamente previsto no Código de Processo Civil, seguindo os mesmos passos do recurso especial, quanto ao prazo e à forma de interposição, os pressupostos processuais e os efeitos em que deverão ser recebidos, bem como acerca do juízo de admissibilidade e os recursos eventualmente cabíveis.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
 I - apelação;
 II - agravo de instrumento;
 III - agravo interno;

IV - embargos de declaração;
 V - recurso ordinário;
VI - recurso especial;
VII - recurso extraordinário (grifo nosso);
 VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
 IX - embargos de divergência. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 5 Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015).

Como se observa, o acesso ao Supremo Tribunal Federal já é excessivamente limitado, à exceção da via do *habeas corpus*, que não se abre ao juízo de admissibilidade, relativamente à questão de repercussão geral.

O argumento do Supremo Tribunal Federal de que há muitos recursos até a execução da pena não é legítimo, uma vez cabe apenas ao legislador restringir as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, ampliar seus requisitos e, até mesmo, dificultar sua interposição, como propôs o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso em anteprojeto de emenda constitucional. O que não pode é o Supremo Tribunal Federal usurpar-se dos poderes do Legislativo.

3.4 Vedação ao reexame de provas

O pressuposto fundamental dos recursos ora examinados é a existência de uma questão de direito federal e constitucional a ser dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme já mencionado, os recursos extraordinários prestam-se à tutela do próprio direito objetivo editado pela União, o que nos faz concluir que apenas a discussão a respeito de questões de direito, de regras federais, possa dar ensejo à provocação da instância extraordinária ou especial. (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE, 2009).

Nesse sentido dispõem as Súmulas n. 07 do STJ e n. 279 do STF:

Súmula n. 07 do STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, 2009).

Súmula n. 279 do STF. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (BRASIL, 2013).

Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. (2017, p. 1.064) leciona que “[...] essa limitação deve ser bem compreendida, vez que nem sempre a distinção entre questões de fato e questões de direito é tão cartesiana, na realidade é uma distinção tênue e complexa”.

Segundo o autor, o que se veda é o simples reexame da prova, o que não impede a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, ou seja, o juízo de tipicidade realizado pelo tribunal *a quo* no caso concreto.

A discussão situa-se na incidência ou não da norma penal no caso em julgamento, a interpretação dada e os limites semânticos do tipo. É claro que a prova, isto é, questão de fato, é o pano de fundo da discussão, mas não o objeto dela.

Nesse sentido, Grinover, Gomes Filho e Scarance (2009, p. 201) asseveram:

Observa-se que nem sempre é nítida a distinção entre questão de fato e questão de direito: para chegar a uma conclusão a respeito da pretensão que lhe é apresentada, deve o juiz, num primeiro momento, verificar a ocorrência do acontecimento histórico que é colocado como base do pedido: isso se faz através da análise do material probatório que está nos autos. Todavia, é bem de se ver que já nessa fase a avaliação judicial pode estar condicionada a certas regras legais, tendo-se então questões de direito atinentes à prova. A segunda tarefa do julgador consistirá na qualificação desses mesmos fatos, à luz do ordenamento: aqui também se tem uma questão de direito, embora intimamente relacionada aos fatos tidos como comprovados.

Aury Lopes Jr. (2017) traz o exemplo desta situação quando, no recurso especial do acórdão que manteve a pronúncia por homicídio doloso (eventual) em um crime de trânsito, a tese defensiva é de crime culposo. A distinção entre questão de fato e questão de direito, nesse caso, é bastante tênue, pois não há como contornar a discussão ao conceito jurídico de dolo e culpa sem adentrar na prova do fato.

O que não se admite é o simples reexame de provas, ou seja, o STF e o STJ não avaliam mais as provas que foram aceitas ou rejeitadas pelas instâncias inferiores, devendo, no entanto, reapreciar as questões atinentes à disciplina legal da prova e também à qualificação jurídica dos fatos assentados no julgamento recursos ordinários.

Não há quem conteste o fato de que a nulidade da prova, a prova ilícita, o valor legal da prova, as presunções legais ou a distribuição do ônus da prova, embora não sejam questões de fato, mas, sim, questões de direito, passem pela análise fática.

Não parece razoável falar em execução de sentença quando ainda há discussão acerca da quantificação da pena, do seu cumprimento ou, até mesmo, se é caso de aplicação da sanção ao acusado, posto que os Tribunais podem e devem modificar a condenação.

Sabe-se que é plenamente possível que o recorrente obtenha provimento satisfatório em sede de recurso especial e extraordinário, isto porque são recorrentes os casos em que a interpretação correta da Constituição Federal e das leis federais ocasionam ao acusado uma situação mais favorável para a execução da pena imposta em segundo grau, a exemplo da alteração do regime de cumprimento da pena por um menos gravoso, da substituição da pena de prisão por restritiva de direito, e, até mesmo, a absolvição.

3.5 Efeitos devolutivo e suspensivo em matéria de direito processual penal: uma análise à luz do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal

Os recursos extraordinário e especial são destinados à rediscussão de questões de direito federal e possuem efeito devolutivo limitado, respectivamente, à matéria constitucional ou de lei ordinária que tenha ensejado sua admissão. (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE, 2009).

No tocante ao efeito devolutivo, Eugênio Pacelli (2012, p. 866) assevera que “[...] ambos os recursos devolvem o conhecimento da matéria aos tribunais superiores, na medida em que o efeito devolutivo diz respeito à identificação da matéria devolvida ao conhecimento da instância recursal”.

Em outras palavras, a parte somente poderá alegar matéria prequestionada, bem como o órgão julgador somente poderá apreciar questões ventiladas na decisão recorrida se abrangidas no apelo excepcional.

Não se pode olvidar, no entanto, que, em sede criminal, não se pode aplicar essa afirmação de forma absoluta, uma vez que, se for possível o reconhecimento de uma causa de extinção da punibilidade, não versada no julgado recorrido ou no recurso, até por ser superveniente, lícito será ao tribunal superior reconhecê-la, por expressa previsão do art. 61 do CPP, que dispõe que “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer a extinção da punibilidade, deverá declará-lo de ofício”.

Ademais, se evidente a existência de uma situação de constrangimento ilegal, reparável através de *habeas corpus*, caberá ao órgão que conhecer de algum dos recursos conceder a ordem de ofício, na forma como autoriza o §2º do art. 654, do CPP.

Impende mencionar, por fim, quanto ao efeito devolutivo, que no julgamento dos recursos extraordinário e especial, o STF e o STJ, depois do julgamento da questão de direito, proferirão um novo julgamento da causa, não devendo se limitar apenas a cassar a decisão impugnada, que somente ocorrerá diante de uma decretação de nulidade processual.

No que concerne ao efeito suspensivo nos recursos extraordinário, a questão merece uma análise mais aprofundada.

“O efeito suspensivo consiste na impossibilidade de a decisão impugnada produzir seus efeitos regulares enquanto não houver a apreciação do recurso interposto”. (LIMA, 2014, p. 1603)

Com efeito, o que suspende a eficácia da decisão recorrida não é o recurso, mas sim a sua recorribilidade.

A Lei nº 8.038/90, que trata sobre as normas procedimentais dos processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, dispunha, no seu art. 27, §2º, (revogado pela Lei nº 13.105/15) que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. (BRASIL, 1990).

Com a revogação de todo o Capítulo I (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), do Título II (Recursos), que compreendia os arts. 26 ao 29, da Lei nº 8.038/90, pela Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), o procedimento dos Recursos Extraordinários e Especial passou a constar apenas na Seção II (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial), do Capítulo VI (Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça), da referida lei, ao longo dos arts. 1.029 a 1.041.

O efeito suspensivo das impugnações extraordinárias passou a encontrar amparo legal, portanto, no art. 1.029, §5º, da Lei nº 13.105/15, que assim dispõe:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: (grifo nosso)

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Tal dispositivo se aperfeiçoa perfeitamente à execução provisória do processo civil, mas não se pode dizer o mesmo quanto à sua aplicação no processo penal, uma vez que os princípios norteadores do Processo Civil são flagrantemente diferentes daqueles do Processo Penal, cuja importância mereceu um capítulo próprio neste trabalho.

Em uma crítica sobre a inadequação da aludida disposição ao processo penal, Aury Lopes Jr. (2014) aponta os seguintes erros:

A famigerada lei “ordinária” (com todo o peso etimológico da palavra) incorreu em três gravíssimos erros: 1º pretendeu disciplinar, com igual tratamento, para o processo civil e para o processo penal, os recursos especial e extraordinário, desprezando a especificidade da complexa fenomenologia do processo penal, que em nada se assemelha ao processo civil; 2º ainda que sancionada após a Constituição de 1988, dela se olvidou (ou pouco caso fez), desconsiderando a existência da presunção de inocência e da “ampla” defesa, consagrando uma prisão obrigatória e sem o caráter cautelar exigido como requisito de legitimidade; 3º tratou como “efeito recursal devolutivo” (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038) uma situação processual que vai para muito além dessa frágil categoria do processo civil, absolutamente inadequada (por excessiva redução da complexidade) para disciplinar o direito de recorrer em liberdade no processo penal.

Primeiramente, o processo penal em muito se distingue do processo civil, principalmente quanto ao seu objeto. Uma das diferenças basilares que se vê entre os dois ramos do Direito é que no processo penal há uma nítida concentração de deveres a cargo do Estado e de garantias que são freios constitucionalmente impostos que impedem a ação estatal para além de certos limites e em alguns casos criam até uma obrigação de agir para que se evite o resultado indesejado.

Nesse diapasão, o objeto do processo penal consiste na pretensão punitiva do Estado decorrente de um fato previsto na norma penal como crime. Em regra, o processo civil tem como objeto a pretensão a uma prestação de direito privado.

No que cinge ao tratamento das partes no processo civil, existe uma perfeita paridade onde os representantes dos interesses privados têm vastos poderes de disposição dos conteúdos material e formal do processo, ao passo que o conceito de parte no processo penal tem significado distinto, em virtude das peculiaridades da relação jurídica material que constitui seu objeto, qual seja, o respeito à liberdade individual e à dignidade do ser humano.

O interesse será sempre público no processo penal e a pretensão punitiva é sempre indisponível.

Ressalta-se, ainda, que o magistrado penal tem uma liberdade de convencimento e uma iniciativa instrutória que não se estendem ao juiz civil. O ofício deste é de examinar os elementos do fato trazidos pelas partes e decidir se esses elementos foram provados ou não. A confissão da parte civil é suficiente para se determinar a verdade do fato. Além disso, a prova documental aflora como principal meio de demonstrar a verdade no processo civil, o que se contrapõe nitidamente aos princípios do Direito Processual Penal.

Diante das particularidades do processo penal, evidente a necessidade de se romper com a Teoria Geral do Processo (TGP), que é extremamente danosa ao processo penal pela importação de institutos processuais civis que em nada se coadunam com os princípios constitucionais do processo penal.

Não se pretende com isso afirmar que não há uma relação entre o processo civil e o processo penal, até porque as eventuais dúvidas existentes do processo penal não só podem como devem ser sanadas pelo processo civil, porém sempre tendo em mente que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, sobretudo após o advento da Constituição de 1988.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2014), faz um resgate do artigo Cenerentola de Carnelutti para mostrar a forma secundarizada do processo penal nos estudos da TGP.

Segundo o autor, o processo penal, assim como a Cinderela, sempre foi desprezado, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã, não para ela. A irmã favorita, corporificada pelo processo civil, é vista com superioridade científica e dogmática inegável.

Aury Lopes Jr. (2014) atribuiu a culpa disso às famigeradas disciplinas de Teoria Geral do Processo, tradicionalmente ministradas por processualistas civis que pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e discurso completamente viciado.

Por fim, cabe colacionar o pensamento do autor sobre o tema:

O problema é grave, mais grave ainda quando assistimos à imensa parcela da doutrina (e, por consequência do ciclo vicioso [senão incestuoso], também da jurisprudência) falando em *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as prisões cautelares; defendendo que o objeto do processo penal é a pretensão punitiva (erro histórico de Binding, como explicaremos); invocando o pomposo (mas absolutamente inadequado para nós no processo penal) *pas nullité sans grief* para tratar das nulidades, **bem como fazer inadequadas relativizações; negando “efeito suspensivo” ao Recurso Especial e Extraordinário (por culpa de uma famigerada Lei n. 8.038 pensada para o processo civil) (grifo nosso);** relativizando a competência (esquecendo que no processo penal o juiz natural é garantia fundante); atribuindo poderes instrutórios ao juiz (ativismo judicial); e lecionando que as condições da ação processual penal são as mesmas do processo civil (!), e por aí vai. (LOPES JR, 2014, p. 7).

São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída, em contraste com a liberdade e a igualdade, os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal.

No âmbito do processo penal, a previsão legal de efeito suspensivo ao recurso está diretamente relacionada à possibilidade de determinar o recolhimento do acusado à prisão a partir da prolação da decisão condenatória.

Ora, conforme já estudado, do princípio da presunção de inocência, inerente ao processo penal brasileiro, extraem-se duas regras, uma de tratamento, que preconiza que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado é presumido não culpado, e uma probatória, segundo a qual recai sobre o órgão de acusação o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado.

Desta feita, se o Poder Público está impedido de agir e de se comportar com o acusado como se este já houvesse sido condenado definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, é evidente que não se admite uma execução provisória da pena pelo simples fato de o recurso ser (ou não) dotado de efeito suspensivo. Isso importa em conferir efeito suspensivo indireto a todo e qualquer recurso interposto com o

fim de reformar sentenças ou acórdãos condenatórios, inclusive aqueles em relação aos quais a lei for silente acerca desse efeito. (LIMA, 2014).

Corroborando esse entendimento, Grinover, Gomes Filho e Scarance (2009) sustentam que a questão não pode ser mais considerada pacífica, diante do texto constitucional de 1988, que adotou, como princípio fundamental do ordenamento, a regra segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88).

Segundo os autores, não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito.

Ademais, não se pode desprezar a perfeita harmonia entre a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) e os princípios constitucionais do processo penal, especialmente aqueles que dispõem sobre o início da execução da pena.

Como exemplo, temos o art. 105 da Lei de Execução Penal, que dispõe 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”. (BRASIL, 1984).

Igualmente exigindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, o art. 147 do referido diploma dispõe que:

Art. 147. transitada em julgado a sentença que aplica a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (BRASIL, 1984).

No mesmo sentido, o art. 160 da LEP exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para que o juiz realize a audiência admonitória da suspensão condicional da pena.

Barros Vidal (1993) sustenta que há um flagrante conflito entre a Lei nº 8.038/90, a Constituição e a LEP. Segundo o autor, o conflito entre os dispositivos do art. 105 da LEP e art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, se resolve com a aplicação dos princípios de direito penal estabelecidos na CF.

O autor lembra que a culpa reconhecida por decisão judicial e trânsito em julgado são requisitos elementares e indispensáveis para a limitação da liberdade do indivíduo com fundamento na violação da lei penal, o que não se confunde com a prisão cautela, e que esta é

a consequência material do princípio constitucional de presunção de inocência estabelecido no art. 5º, LVII, da Carta Magna.

Em caso de antinomia, deve-se buscar a solução nos princípios constitucionais, voltados à sistematização das questões fundamentais do Estado. Nesse caso, a consequência inarredável e a única coerente é a aplicação do art. 105 da LEP em toda a sua integridade, com prejuízo da restrição civilista inserida no § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/90, sob pena de violar a própria natureza da supremacia da Constituição Federal.

Um outro aspecto que convém destacar é que as disposições do Código de Processo Penal que versam sobre a execução antecipada da sentença penal condenatória não constituem fundamento idôneo para a autorizar a expedição de guia de recolhimento na pendência de recursos extraordinários.

Como alhures mencionado, o Código de Processo Penal é datado de 1941, editado no período da ditadura de Getúlio Vargas, muito antes da promulgação da Constituição Federal em 1988. Apesar das reformas que o Código já sofreu desde então, uma série de dispositivos incompatíveis com a nova ordem constitucional continuam vigendo, sem que a Suprema Corte tenha se pronunciado sobre a sua não recepção.

Por outro lado, outros dispositivos são claros ao exigirem a necessidade de trânsito em julgado para o início da execução penal, a exemplo dos artigos 674 e 675, que têm a seguinte redação:

Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 82, última parte, a expedição da carta de guia será ordenada pelo juiz competente para a soma ou unificação das penas. (BRASIL, 1941).

Art. 675. No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória. (BRASIL, 1941).

Não se pode perder de vista que as normas processuais penais devem ser reinterpretadas sob a ótica da Constituição de 1988, buscando efetivar a filtragem que o Código de Processo Penal exige para ter aplicação conforme a Constituição.

Aury Lopes Jr. (2014) destaca que nessa tarefa existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma releitura de todos os institutos do processo penal brasileiro. Significa dizer que não se pode mais, por exemplo, pensar a prisão cautelar senão à luz da presunção (constitucional) de inocência.

De fato, as disposições afetas à ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários não podem ser aplicadas no âmbito do processo penal, sob pena de violação ao modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984, que inegavelmente prestigiou o estado jurídico de inocência, na medida em que condicionou o início de cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução antecipada da sentença penal condenatória fundamentada apenas na inexistência do efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária, sem interpretação doutrinária e, menos ainda, observada a Constituição Federal, além de contrariar o princípio de estado de inocência, também macula o direito de liberdade, garantia assegurada no disposto do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Clarividente que a incompatibilidade das normas inferiores, em sua maioria regidas pela codificação de 1941, não se coaduna com a coerência e a harmonia que, ao menos, deve ter o ordenamento jurídico. A supremacia da Constituição exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais.

3.6 As prisões admitidas no processo penal brasileiro

As normas restritivas do direito de liberdade de locomoção devem ser interpretadas de maneira estrita. Em outras palavras, não há que se estender seu alcance nem restringi-lo, muito menos admitir-se a analogia, salvo de esta for *in bonam partem*. (RANGEL, 2014)

Sobre o assunto, Carlos Maximiliano, em sua clássica obra “Hermenêutica e aplicação do Direito” (1993) ensina que as disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer das suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio etc., devem ser interpretadas estritamente.

Portanto, deve o aplicador do Direito verificar se a restrição à liberdade de locomoção está devidamente prescrita na lei e, estando, aplicar aquilo que dela emana. (RANGEL, 2014)

Na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça certas regras fundamentais a fim de impedir prisões ilegais ou arbitrárias. Afinal de contas, qualquer restrição à liberdade de locomoção é medida de natureza excepcional, cuja adoção deve estar sempre condicionada a parâmetros de estrita legalidade. (LIMA, 2014)

A Constituição da República de 1988 promoveu profundas alterações na matéria da prisão, porquanto inseriu no ordenamento jurídico a regra de que qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Os incisos LVII e LXI, do art. 5º da CF, rezam, respectivamente, que:

Art. 5º: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

Da leitura dos dispositivos, conclui-se, sem muito esforço, que a Constituição promoveu a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade. (OLIVEIRA, 2012)

Segundo Pacelli (2012), essa finalidade há que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais (art. 5º, LVII e LXI).

Assim, Pacelli (2012) assevera que surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente. Com efeito, nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser negligenciada ou ter subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, por exemplo, a nova redação do art. 283 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/11, buscou compatibilizar as prisões às disposições constitucionais, prevendo que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro há apenas dois tipos de prisões, a prisão pena, através de um título executivo que se faz valer o exercício do *jus puniendi* estatal, pois tem finalidade repressiva e decorre de uma sentença penal condenatória irrecorrível, e a prisão de natureza processual, cujo objetivo se reveste de uma medida cautelar.

De acordo com Lopes Jr. (2017, p. 581) “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir, sendo, portanto, medidas destinadas à tutela do processo”.

Para Rangel (2014, p. 763) “A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”.

O autor aduz que tal medida tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando e se esta for dada, já não será possível à aplicação da lei penal.

A medida cautelar, por óbvio, tutela o processo, e não o direito material discutido no processo, de tal forma que a prisão provisória não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz ao declará-la é de periculosidade, e não de culpabilidade.

Conforme já mencionado, por força do princípio da presunção de inocência, tem-se que as prisões cautelares são excepcionais, só podendo ser decretadas diante do caráter da urgência e necessidade.

Para que a prisão cautelar esteja autorizada é necessário que estejam presentes dois requisitos: o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

O *fumus comissi delicti* consiste na probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Por sua vez, o *periculum libertatis* consiste no perigo que a liberdade do imputado pode gerar ao processo. Diferentemente do *fumus buni iuris* do processo civil, no processo penal o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Trata-se de risco de frustração da função punitiva, que se dá com a fuga ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta, no tocante à coleta da prova. (LOPES JR., 2017)

Nas lições do autor, o perigo não decorre do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, uma vez que não é o tempo que leva ao perecimento do objeto, o risco surgiria do perigo decorrente do estado de liberdade do imputado.

No processo penal, o *periculum in mora* assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo, vez que ocorre diante de eventual perigo de fuga, destruição da prova, em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Finaliza o autor aconselhando que é necessário abandonar a doutrina civilista para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal, recordando sempre que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva.

Em outras palavras, somente será legal a prisão quando houver risco concreto e efetivo ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá restringir a liberdade do indivíduo ou quando a prisão decorrer de sentença penal transitada em julgado, com a formação da coisa julgada penal.

Coisa julgada penal significa imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória. Trânsito em julgado, portanto, significa que se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória, pela preclusão ou pelo exaurimento do legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis.

Não é razoável, em um Estado Democrático de Direito, a existência de uma prisão cautelar obrigatória, vez que, como já dito alhures, a decisão ainda é plenamente possível de reforma, bem como a execução antecipada da pena não tem como fundamento o normal desenvolvimento do processo. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a execução antecipada da pena, criou uma nova modalidade de prisão, uma prisão sem lei, à míngua da legalidade e sem amparo constitucional.

4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE

A instabilidade institucional sempre foi uma constante Brasil, que, por muito tempo, protagonizou inúmeros episódios de arbítrio estatal e violação reiterada de direitos fundamentais.

A partir do processo de redemocratização, solidificado com a Constituição Federal de 1988 e com a consequente adoção do Estado Democrático de Direito como modelo de organização do poder político no país, o padrão de interpretação das normas sofreu relevante modificação, na medida em que a CF/88 reconheceu a força normativa da Constituição e sua posição central como fonte de normatividade para todo o ordenamento jurídico.

A Constituição brasileira de 1988 é a materialização do conceito de Constituição-dirigente elaborado pelo doutrinador José Gomes Canotilho, porquanto constitui estrutura organizatória definidora de competências e reguladora de processos no âmbito de determinado Estado Nacional e age como estatuto político, estabelecendo a atuação do Poder Público a fim de concretizar as diretrizes programáticas e os princípios constitucionais.

Uma das consequências do processo de redemocratização no Brasil foi, sem dúvida nenhuma, o fortalecimento da jurisdição constitucional, voltada a zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição.

No entanto, em que pese à promulgação da Constituição Federal de 1988 ter sido responsável por uma acentuada redução das ofensivas aos direitos fundamentais, percebe-se que o país ainda caminha em passos largos em direção à consolidação de uma cultura constitucional, principalmente quando nos deparamos com as recentes decisões que ignoraram as diretrizes fixadas pela Constituição e as conquistas históricas nela cristalizadas, como foi o caso das decisões do Supremo Tribunal Federal supra analisadas.

Diante disso, nos tópicos seguintes, serão analisados alguns aspectos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção da Carta Magna, como o atual estilo hermenêutico adotado na tutela do direito à liberdade, que, ao contrário de resultar em práticas concretizadoras da Constituição, tem contribuído para a sua deturpação semântica e para uma hipertrofia do Poder Judiciário.

4.1 O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e o papel da opinião pública

O Supremo Tribunal Federal existe, no Brasil, desde 1828. No entanto, somente com a primeira Constituição Republicana, em 1891, que introduziu nova concepção do Poder Judiciário, e com a influência da doutrina constitucional americana, a Suprema Corte passou a ter com função a guarda da Constituição e da Ordem Federativa. (MENDES; BRANCO, 2013).

Na Constituição Federal de 1988, o *caput* do art. 102, dispõe expressamente que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Nesse sentido, cabe ao STF resguardar a vontade do constituinte e, conseqüentemente, a sua proteção. (BRASIL, 1988).

Ora, ao guardião incumbe a função de fazer guarda de algo em proveito de outrem, o que é bem diferente de transferência de propriedade sobre algo, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal foi dada pela Constituição apenas a função de sua guarda.

O professor Fernando Facury Scaff, em seu artigo “Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não”, publicado no site Consultor Jurídico, ressalta que essa guarda se desenvolve em pelo menos dois âmbitos: contra os demais poderes, pois as normas jurídicas por eles criadas podem estar em desacordo com a Constituição e devem ser anuladas; e contra aquelas condutas que atentarem contra a Constituição, quando então deverão ser fulminadas.

Ocorre que, pelo que se vê nas recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal abandonou o texto constitucional como parâmetro interpretativo e cedeu ao clamor público e à conveniência política, dobrando-se às circunstâncias, não cumprindo seu dever fundamental.

O clamor público e a conveniência política são emoções, por via de regra, momentâneas e decorrentes da casuística, que não se sobrepõem a um Estado de Direito consolidado em sua Constituição como verdadeira vontade popular. Nesse sentido, ao estudar a personalidade jurídica do Estado, Dalmo Dallari (2010, p. 125) assevera:

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão melhor resguardados e adequadamente promovidos só através do direito.

Não se pode perder de vista que, no Direito, as decisões devem ser pautadas em discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio dessas ferramentas exige

conhecimento técnico e treinamento específico, ferramentas não disponíveis à generalidade das pessoas.

É cediço que o Judiciário, ao se utilizar de debate público em detrimento da racionalidade da argumentação jurídica para fundamentar suas decisões, contribui para a politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pelo discurso jurídico.

A politização do Poder Judiciário conduz a um pensamento de que os representantes escolhidos pelo povo são hierarquicamente inferiores aos integrantes do Poder Judiciário, “[...] pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda[...]”. (SARMENTO, 2009, p. 40.).

O ilustre doutrinador Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 177) afirma que “[...] estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo de juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”.

Uma decisão que tem como escopo o contentamento popular origina o direito penal emergencial, sem verdadeiros estudos de política criminal, principalmente quando se trata de restrição de garantias constitucionais, o que compromete a própria razão de ser do Direito, vez que essas decisões costumam estar afastadas da técnica e das garantias jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal não é, portanto, compromissado com a aceitação da sociedade, mas sim com a Constituição Federal, não podendo ser jamais escravo da opinião pública. Na maioria das vezes a decisão juridicamente correta e justa não é a mais popular. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública.

4.2 A interpretação das normas constitucionais e os limites às restrições dos direitos fundamentais

O papel de intérprete da Constituição desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal é fundamental na concretização dos direitos fundamentais e da democracia. Dessa maneira, faz-se necessário analisar alguns pontos relativos à hermenêutica constitucional, de modo a entender o processo de construção de significados emanados da Suprema Corte.

A princípio, a hermenêutica constitucional é a ciência vocacionada à sistematização das regras e princípios destinados ao processo que tem como escopo extrair o real sentido e o maior alcance das normas constitucionais. Nesse processo, a hermenêutica

fornece ferramentas ao intérprete constitucional, a fim de que alcance o verdadeiro sentido da norma constituída pelo constituinte.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma insólita diante de inúmeros casos em que, aparentemente, colidiam direitos fundamentais, como foi o caso do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o que vem causando uma inquietação por parte da doutrina, que se debruça na tentativa de entender os mecanismos hermenêuticos utilizados pela Suprema Corte no que cinge à interpretação das normas que tutelam direitos fundamentais.

As decisões outrora analisadas indicam que o Supremo Tribunal Federal, ultimamente, desconsidera que, sendo o texto constitucional dirigente e vinculante, é imperioso ter em conta o fato de que todas as normas infraconstitucionais para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo “crivo constitucional”.

Nas palavras de Konrad Hesse (1998, p. 55), a tarefa da interpretação constitucional é “[...] encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade”.

Lenio Streck (2014, p. 350) afirma que o “[...] intérprete/juiz (e o operador jurídico, *lato sensu*) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição”. Eis a importância de uma teoria da interpretação sólida, que deve indicar os limites da interpretação jurídica, a fim de viabilizar um controle hermenêutico das decisões judiciais.

Ao citar o doutrinador Luigi Ferrajoli, Lenio Streck (2014) afirma que não é uma tarefa simples traduzir os princípios de um modelo garantista em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de afastar as normas inferiores que não se coadunam. No entanto, mais difícil ainda é criar técnicas legislativas e judiciais adequadas voltadas dar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais consagrados por eles.

O decano Celso de Mello, no seu brilhante voto no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, afirma que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição, e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser objeto de uma interpretação que busque adequar a lei aos postulados democráticos e garantistas da Constituição Federal, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (LOPES JR., 2014).

Como bem lembra o ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 405), “[...] o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange dos diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica”.

Em muitos casos, é árdua a tarefa de identificar o âmbito de proteção do direito fundamental, notadamente quando há indeterminações semânticas nos textos normativos. Ocorre que este não é o caso aqui presente, uma vez que o disposto no art. 5º, LVII, da CF/88, não deixa margens para interpretação diversa.

É consenso na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição Federal e diante de colisão de direitos fundamentais, desde que, em todo caso, a restrição de direito fundamental tenha um fundamento constitucional. (SARLET, 2015)

Sobre o assunto, o ilustre doutrinador Gilmar Mendes (2013, p. 200), pontua que “[...] os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”.

Assim, por serem posições jurídicas *prima facie*, os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal medida se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais.

A fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e, sobretudo, controlar as restrições e reduzir os níveis de subjetivismo e irracionalidade das decisões, é necessário analisar os limites à restrição dos direitos fundamentais, que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015), são, notadamente, o princípio da proporcionalidade, a garantia ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso, a seguir estudados.

4.2.1 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade consiste em um instrumento de controle dos atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, sem prejuízo de eventual aplicação a atos de sujeitos privados.

Ora, sabe-se que o Estado quando atua de modo a exercer seu dever de proteção, não raras vezes, afeta de modo desproporcional direitos fundamentais, inclusive daqueles sobre os quais recaem uma acusação de violação de direitos fundamentais de terceiros. Diante disso, surge, então, a proporcionalidade como meio de restringir as medidas restritivas de direitos fundamentais, a exemplo da restrição ao direito de liberdade do condenado em definitivo. Nesse caso, o princípio da proporcionalidade atua como proibição do excesso.

De outro lado, o princípio da proporcionalidade atua como controle da atuação ineficiente ou da omissão dos Poderes Públicos no cumprimento de seus deveres de proteção. Aqui interessa tratar de forma um pouco mais analítica o princípio da proporcionalidade no que tange ao controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas dos direitos fundamentais.

Segundo Ingo Sarlet (2015, p. 415), o aludido princípio possui três elementos, a saber:

a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja um princípio possível alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado; b) necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.

Como se observa nos subcritérios acima, nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, os Ministros que votaram pela denegação da ordem não se valeram do princípio da proporcionalidade da maneira mais acertada, uma vez que, não obstante a medida tenha sido aparentemente adequada ao fim colimado (garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a duração razoável do processo), carece de necessidade, uma vez que afastar o efeito suspensivo de recursos extraordinários no

processo penal em detrimento das garantias do acusado é muito mais gravoso que a criação de mecanismos institucionais para garantir a celeridade processual.

No que se refere ao terceiro elemento (proporcionalidade), é forçoso concluir que os argumentos aventados pelos Ministros, como o da morosidade do Poder Judiciário, o sentimento de impunidade da sociedade, bem como o número elevado de recursos e a má-fé de alguns advogados que interpõem recursos meramente protelatórios, não são juridicamente legítimos para restringir um direito fundamental de tamanha magnitude.

A interpretação sistemática da Constituição conduz à conclusão de que a Constituição Federal impõe a primazia do direito à liberdade em prejuízo do direito de acusar. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal. Diante de um caso de conflito de direitos, prevalece o direito de liberdade sobre os demais.

4.2.2 Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

A primeira forma de limitação à restrição de direitos fundamentais é a garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. “O núcleo essencial consiste na parte do conteúdo inviolável de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecido como direito fundamental” (SARLET, 2015, p. 420).

Por meio de tal garantia, que busca uma maior proteção dos direitos fundamentais, ainda que o legislador tenha a permissão constitucional de editar normas restritivas aos direitos fundamentais, ele não pode macular o núcleo essencial dos direitos restringidos, sob pena de recair em inconstitucionalidade.

Sem adentrar nas teorias que buscam identificar o que seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais, cujo estudo é extenso, pode-se afirmar que o núcleo essencial e a regra da proporcionalidade guardam uma íntima relação, na medida em que restrições a direitos fundamentais que observam a proporcionalidade não ofendem o conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser rigorosamente fundamentada, requerendo a demonstração de que a restrição se justifica diante de um direito mais importante naquela ocasião. De tal sorte, somente será legítima a restrição a um direito fundamental se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre tais direitos se operacionaliza através desse princípio.

A ordem constitucional brasileira veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

No que cinge ao objeto da presente monografia, clarividente que o acórdão prolatado no *Habeas Corpus* nº 126.292 violou o núcleo essencial da norma disposta no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, na medida em que a pena só deve ser aplicada quando houver crime, reconhecido quando alguém é considerado culpado e só se pode considerar alguém culpado após o trânsito em julgado da sentença penal. Assim, o núcleo essencial da norma é impedir que alguém seja considerado culpado antes de esgotados todos os recursos cabíveis.

Portanto, se observadas todas as regras hermenêuticas que dizem respeito à solução do conflito de normas no tempo e no espaço, inevitável concluir eventual norma que vise antecipar os efeitos da sentença condenatória pendente de recurso é inconstitucional, pois viola nitidamente o texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, nas ocasiões dos julgamentos em debate, por não concordar com o texto constitucional, primou pelo populismo penal de cunho repressivo e manipulou técnicas de interpretação com o fim de camuflar moralismos individuais e decisionismos judiciais.

Portanto, não havendo necessidade, proporcionalidade e havendo uma violação direta ao núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, é forçoso concluir que a medida (execução antecipada da pena) não é justa e, portanto, a restrição é inconstitucional.

4.2.3 Princípio da proibição do retrocesso

Como dito alhures, é possível a restrição a direitos fundamentais, desde que observados o princípio da proporcionalidade e a garantia à proteção do núcleo essencial. Ocorre que, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que se refere ao núcleo essencial, apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica, consectário do princípio da proibição do retrocesso.

Segundo o doutrinador Ingo Sarlet (2015), o princípio da proteção do retrocesso é um princípio constitucional fundamental implícito, aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive o de liberdade, no que se poderia incluir o direito à presunção de inocência, extraído dos princípios do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança pública), e do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.

O princípio da proibição do retrocesso é, também, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Entende-se a partir desse princípio que, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode, portanto, ser absolutamente suprimido.

Em outras palavras, a observância ao princípio da proibição do retrocesso não permite que normas infraconstitucionais, inclusive decisões judiciais, subtraíam supervenientemente o grau de concretização anterior conferido a um direito fundamental.

Em um primeiro momento, cumpre destacar que o princípio da proibição do retrocesso guarda estreita relação com a segurança jurídica e com a dignidade da pessoa humana, na medida em que a dignidade da pessoa humana não estará caracterizada diante de uma situação de instabilidade jurídica, em um cenário onde o indivíduo “acorda com uma lei e dorme com outra”, o que, inexoravelmente, causa um descrédito nas instituições sociais e estatais.

Portanto, deve haver a imposição de um limite à possibilidade de alteração do ordenamento jurídico, mormente no que diz respeito à possibilidade de retroagir na implementação dos direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que o legislador, bem como o intérprete da lei, está autorizado a cumprir os mandamentos constitucionais, não podendo eliminar as normas concretizadoras de direitos, o que significaria subtrair a eficácia jurídica das normas constitucionais, uma vez que o cumprimento de um comando constitucional está condicionado à manutenção da situação de proteção instaurada pelo legislador. (SARLET, 2015).

Ingo Sarlet (2015) pontua que o princípio da proibição do retrocesso decorre do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais, já que o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 60, do mesmo diploma, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra o poder de reforma constitucional, mas contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, uma vez que as medidas administrativas e as decisões jurisdicionais também podem ofender a segurança jurídica e a proteção de confiança.

Em outras palavras, incumbe ao Estado o dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais, não cabendo a supressão ou restrição de um direito fundamental de modo a alcançar o seu núcleo essencial.

Nesse sentido, Canotilho (1999) afirma que o núcleo essencial encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultam na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal modo que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.

Assim, a única forma de uma medida retrocessiva não violar o princípio da proibição do retrocesso é que haja uma relevante justificativa de cunho constitucional e que, em todo caso, mantenha-se distante do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O princípio da proibição do retrocesso está consubstanciado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que, no seu art. 29, b, impede, expressamente, que a disposição daquela Convenção não pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. (CONVENÇÃO..., 1969).

Ora, o dispositivo traduz a ideia do princípio da proibição do retrocesso, na medida em que, uma vez consagrado um direito fundamental em um país signatário, as normas da Convenção não podem ser evocadas a fim de restringir aquele direito, que possui seu próprio núcleo essencial a depender do ordenamento jurídico no qual está inserido.

Impende trazer à baila os ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2002, p. 441), para quem o princípio da presunção de inocência “[...] representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, ao invocar o direito comparado, a utilização restrita de recursos extraordinários e o clamor popular, não demonstrou sequer um argumento capaz de mitigar o princípio da presunção de inocência.

A exemplo, quando afirmou que a impunidade seria uma das razões para dar uma nova leitura ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal olvidou-se que a impunidade não é um argumento jurídico, mas apenas uma questão de política criminal, que pode vir a justificar eventual alteração das leis existentes, mas jamais o afastamento ou restrição de normas definidoras de direitos fundamentais.

Oportuno, deste modo, concluir que, com a decisão prolatada no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal contrariou o princípio da proibição do retrocesso,

pois restringiu direito fundamental sem a observância ao núcleo essencial, já consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a execução antecipada da pena: a contradição do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos humanos

O Brasil é o país que conta com a quarta maior população carcerária do mundo. Segundo os últimos dados divulgados, em 2014, pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN), atualmente, no Brasil, existem 622.202 presos. Desta população, 40,1% são presos provisórios, ou seja, 222 mil pessoas presas sem condenação.

O perfil socioeconômico dos detentos indica que 55% dos detentos têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Esses resultados, relativos ao ano de 2014, constam do último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014).

Pelo que se extrai dos dados do Ministério da Saúde, as pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%.

Diante do inquestionável cenário de calamidade instalado nas penitenciárias, que submetem o detendo a todos os tipos de violação aos direitos humanos, em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, com pedido de medida liminar, buscando o reconhecimento do instituto do “estado de coisas inconstitucional”, relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Na exordial, subscrita pelo ilustre constitucionalista Daniel Sarmiento, sustenta-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional, visto que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

Segundo o PSOL, a situação decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição.

O Partido Socialismo e Liberdade destaca que uma das razões para isso é a sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras.

Ratifica o argumento afirmando que o uso abusivo da prisão provisória é um dos fatores principais para a superlotação. Alega a banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos.

Por fim, o Partido requereu, em síntese, a imposição aos poderes públicos das seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia, fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.

O Supremo Tribunal Federal concedeu, parcialmente, a medida liminar e determinou aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. O Tribunal deferiu ainda o pedido para que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Plenário reconheceu que, de fato, há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no sistema prisional brasileiro. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais e normas infraconstitucionais não estão sendo observados.

É incontroversa a ineficiência do sistema carcerário brasileiro, pois, além de não servir à ressocialização dos presos, fomenta o aumento da criminalidade, demonstrado nas altas e crescentes taxas de reincidência.

A Constituição Federal não prevê o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo uma teoria constitucional desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia que busca tornar efetivos os direitos fundamentais quando verificada uma reiterada violação aos direitos humanos e a inércia do Estado diante da situação.

O fato de que o instituto do estado de coisas inconstitucional confere à Suprema Corte ampla profundidade de poderes, o que beira à usurpação de poderes, permite concluir que a ADPF com este fim só pode ser ajuizada em razão de flagrante violação de direitos humanos.

Não obstante o julgamento da medida cautelar da ADPF 347, em 09 de setembro de 2015, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o verdadeiro estado de calamidade vivido pelos detentos submetidos a um sistema carcerário completamente falido, em menos de 6 (seis) meses depois, mais precisamente no dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal desconsiderou o insustentável estado do sistema carcerário brasileiro e reconheceu a possibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em total contradição com a decisão anterior.

Mais recentemente, no dia 16 de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio do julgamento do RE 580252/MS, o dever do Estado de ressarcimento pelos danos morais causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, como se observa a seguir:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (STF, Plenário, RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854). (BRASIL, 2017).

Diante dos dados, mormente o que indica que o Brasil é o país com a quarta maior população carcerária do mundo e com um dos mais altos índices de reincidência, revela-se incoerente o argumento utilizado pelo Supremo de que executar a pena antes do trânsito em julgado pode atenuar a impunidade. Essa, definitivamente, não é a solução mais viável.

Como bem aponta o Professor Daniel Wunder Hachem, no seu artigo “Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)”, se de fato a realidade fática pudesse ser utilizada como argumento para interpretar o

art. 5º, LVII da Constituição, a melhor interpretação seria a que proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão, haja vista a situação caótica do sistema prisional brasileiro e a clarividente ausência de vagas suficientes, bem como o dever de indenizar tantos quantos experimentaram ou experimentam o caos das penitenciárias brasileiras.

É contraditória e, mais que isso, é preocupante a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos humanos, na medida em que reconhece o sistema carcerário brasileiro como um sistema violador de garantias individuais, que há muito deixou de cumprir o seu papel de ressocialização, declara o dever do Estado de indenizar os danos causados aos detentos submetidos a essa situação e, por outro lado, determina a inserção do condenado não definitivo ao mesmo sistema carcerário que, há pouco tempo, reconheceu inconstitucional.

4.4 A mutação inconstitucional no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP

Um dos argumentos sustentados pelos Ministros que votaram pela possibilidade de executar o acórdão condenatório pendente de recurso é que existe uma evolução na situação de fato que incide sobre o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o que exige uma alteração no sentido da norma, ou seja, o fenômeno da mutação constitucional.

Diante disso, cumpre aqui analisar, sem a pretensão de rastrear todas as dimensões da questão, o instituto da mutação constitucional, com ênfase nos limites estabelecidos pela própria Carta Maior, a fim de demonstrar a ilegitimidade de tal argumento em sede do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

Ab initio, a Constituição é a base do ordenamento jurídico fundamental de um Estado, de modo que deve ser dotada de estabilidade, requisito indissociável da segurança jurídica, uma vez que tem como esteio a manutenção das instituições e a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Por outro lado, não se pode perder de vista que, em um Estado Democrático de Direito, as constituições escritas se apresentam como um documento vivo, que devem acompanhar as inúmeras transformações sociais, não podendo o direito permanecer alheio à realidade social.

Assim sendo, a tarefa de fato dificultosa consiste em conciliar a pretensão de permanência da constituição com a dinâmica social, uma vez que a realidade não pode preponderar sobre a normatividade.

Para tanto, se fazem necessários mecanismos de alteração da Constituição. Segundo a doutrina, a Constituição somente poderá ser alterada por intermédio de processo formal ou informal. O processo formal destina-se a alterar a Constituição por meio de emenda constitucional e de revisão constitucional, ao passo que o processo informal manifesta-se por meio da mutação constitucional.

A mutação constitucional consiste em uma forma de alteração informal e material da Constituição Federal, por meio da qual se muda o sentido da norma sem alterar o seu texto.

Abordar-se-á nesse tópico a mutação constitucional obtida por intermédio da interpretação constitucional judicial, que se revela nas decisões que aplicam a Constituição, através da aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide em um caso concreto e nos casos em que o exercício da função jurisdicional tem por finalidade o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou de atos normativos.

Em que pese à mutação constitucional ser indispensável à adequação da Constituição à realidade social, o manejo sem limites e indiscriminado desse instituto é lesivo à segurança jurídica e à proteção do indivíduo frente ao arbítrio estatal.

Portanto, a frequente alteração das normas constitucionais em detrimento de necessidades políticas é, no mínimo, preocupante, pois se espera que haja, sempre que possível, o sacrifício de interesses políticos, ainda que legítimos, em nome da segurança constitucional.

Segundo alerta HESSE (1992), toda modificação constitucional expressa que as necessidades reais são valoradas acima da regulação vigente. No entanto, não se pode olvidar que as normas constitucionais não são apenas expressões das relações fáticas em constante mudança, mas normas voltadas à ordenação dessas relações.

Uma das lições da teoria constitucional, extraída da obra “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse (1992), é que a constituição jurídica é, antes de tudo, uma expressão de um *dever ser*, sendo, portanto, mais que apenas um reflexo das condições fáticas de sua vigência. A força normativa da Constituição apresenta-se como um mecanismo de ordenar e conformar a realidade social e política.

Nesse contexto, revela-se a importância da interpretação constitucional na consolidação da força normativa da constituição, na medida em que a vinculação da interpretação constitucional ao sentido da regra normativa deverá ser o próprio limite da interpretação da constituição (HESSE, 1992).

Malgrado não estar submetida a um procedimento formal, legalmente delimitado, a mutação constitucional comporta limites que decorrem da supremacia e da força normativa

da constituição, delineados pelo próprio texto normativo, e têm como escopo a preservação da seriedade e da função normativa da constituição jurídica.

Nesse sentido, Hesse (1992) aponta que, por ser a mutação constitucional um processo informal, realizado por seus intérpretes, torna-se imprescindível a preocupação com os seus limites, na medida em que o objetivo desses limites é a garantia da constituição e a eliminação de toda e qualquer possibilidade de rompimento da ordem constitucional.

Para o autor, a mutação constitucional apenas pode ocorrer dentro das possibilidades de interpretação do texto constitucional e deve ser vista como uma mudança de sentido ocorrida no interior da própria norma constitucional.

O limite fundamental ao fenômeno da mutação constitucional é o próprio texto constitucional, não a letra do texto, mas a sua elasticidade. O texto normativo é o parâmetro da atividade interpretativa, na medida em que o conteúdo da norma só poderá ser modificado no interior do marco estabelecido pelo texto e os enunciados constituem “verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito” (TAVARES, 2005, p. 219).

A elasticidade é, portanto, tudo aquilo que o texto suscita na mente do intérprete. No entanto, cumpre gizar que, embora o texto possa ter mais de um significado, este não pode ter infinitos, uma vez que o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como bem lembra Adeodato (2002).

Nesse sentir, o doutrinador Luís Roberto Barroso (2002, p. 148) destaca que a interpretação evolutiva encontra limite “[...] representado pelo próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos”.

Cristina Queiroz (2007, p. 174) destaca que o texto “[...] limita de modo inultrapassável a capacidade de construção do intérprete” e, por conseguinte, o processo de reforma constitucional existe precisamente para ultrapassar as restrições constantes no texto constitucional vigente.

Nesse sentido, aduz:

Importa por isso distinguir o direito constitucional não escrito *contra constitutionem* do direito constitucional não escrito *intra constitutionem*. Pelas funções que a Constituição desempenha, não será possível passar por cima do direito constitucional escrito, reclamando-se do direito constitucional não escrito. Neste sentido, não poderão ocorrer entre nós mutações constitucionais de forma derogatória face a um objetivo normativo deixado claro pelo legislador constituinte. (QUEIROZ, 2007, p. 174).

Na sua obra “Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha”, Konrad Hesse (1998, p. 69-70) leciona que a mutação constitucional é admissível

enquanto não viole a literalidade e não entre em contradição direta com o sentido ou a finalidade do texto normativo, como se verá a seguir:

A interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. (HESSE, 1998, p. 69-70).

Da mesma forma, Friedrich Müller (2000, p. 75) entende que “[...] o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”.

Em outras, palavras, caso o sentido que o intérprete queira dar não couber no texto, é forçoso concluir que não deve ser o caso de mutação constitucional, e sim de um caso no qual o texto só pode ser reformado por meio do poder constituinte reformador.

Ademais, a mutação constitucional encontra limite no já estudado princípio da proibição do retrocesso, de forma que somente é admitida uma restrição a um direito fundamental se estiver presente uma relevante justificativa de cunho constitucional e que, em todo caso, mantenha-se distante do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Com efeito, o princípio da vedação do retrocesso atuará como limite em todas as modalidades de mudanças informais da Constituição, inclusive naquela que decorre de interpretação judicial.

Ademais, a mutação constitucional, além de encontrar limites nas regras de interpretação e no princípio da proibição do retrocesso, tal fenômeno encontra limites, ainda, no núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sendo assim, não se mostra possível a supressão de matérias inerentes à própria existência da Constituição, vez que a tentativa de violação a tais preceitos consiste em ato atentatório à própria sobrevivência da Constituição.

A Constituição Federal do Brasil tem como um dos fundamentos o Estado Democrático de Direito. Partindo dessa premissa, imperioso concluir que é vedada a alteração, com fins de restrição, de quaisquer matérias concernentes aos direitos intrinsecamente conexos ao Regime Democrático de Direito, a exemplo dos direitos à liberdade de expressão e de manifestação religiosa.

As disposições constitucionais apresentam graus de densidade normativa distintos. Algumas normas possuem um maior grau de indeterminação e vagueza, como as que tratam de igualdade, liberdade de expressão, autonomia da vontade, livre iniciativa. Nesses casos, admite-se o que se chama de interpretação evolutiva, porque, de fato, ocorrem modificações na realidade fática que impliquem em uma nova definição pelo intérprete, sendo, deste modo, coerente a aplicação do instituto da mutação constitucional.

De todo modo, é um consenso na doutrina que não se pode reconhecer como legítima uma alteração na Constitucional *contra constitutionem*. A mudança de significado de uma norma só pode ocorrer dentro da circunscrição do seu sentido e da sua finalidade, dentro do que Kelsen conceitua como uma moldura da lei. Assim sendo, é defeso ao aplicador da norma o abandono dos limites impostos às mutações constitucionais, devendo este manter-se sempre adstrito às regras de interpretação outrora estudadas.

Diante da não observância desses limites, que perpassam pelo sistema de princípios da interpretação constitucional, tem-se uma situação de mutação inconstitucional, comumente chamada de “falseamento da Constituição” ou “quebramento da Constituição”.

Parece evidente que o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP se releva como um típico caso de mutação inconstitucional.

Diferentemente do que se tem afirmado, na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada de acórdão condenatório não houve uma interpretação evolutiva da constituição, muito menos um reconhecimento da alteração de sentido da norma, mas tão somente a construção de um sentido e de um novo texto.

O Supremo Tribunal Federal ignorou os limites do texto “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, pois, ao reconhecer que a pena pode ser cumprida sem o trânsito em julgado, ignora completamente o fato de que não existe incompletude ou qualquer imprecisão sobre o significado de “trânsito em julgado”. (BRASIL, 2016).

A norma contida no art. 5º, LVII, da CRF/88 tem alto grau de densidade normativa, de modo que é inconcebível conceder-lhe interpretação que exclua a expressão trânsito em julgado. Ora, o trânsito em julgado é alcançado com o esgotamento da via recursal, e não com a condenação em segunda instância, porque são institutos diferentes. Não há trânsito em julgado antes disso, sendo desarrozoada qualquer tentativa de restringir o seu sentido.

Ademais, qual seria a mudança significativa que ocorreu na sociedade no lapso temporal de 7 (sete) anos capaz de ensejar uma mutação constitucional no art. 5º, LVII, da CRF/88?

Pois bem, como dito no tópico referente à limitação das restrições aos direitos fundamentais, o aumento da impunidade e o elevado número de recursos em andamento não são argumentos idôneos para afastar uma garantia individual, sobretudo quando se tem outros meios para atenuar a morosidade da prestação jurisdicional, como a reestruturação do Poder Judiciário, a ampliação do uso do processo eletrônico e aumento do número de juízes e servidores.

Certamente, a quantidade de recursos e sucedâneos recursais é elevada em nossa legislação, mas não é causa precípua da morosidade do Poder Judiciário.

É notório que se o Judiciário está abarrotado de processos, o cerne do problema não está na espera pelo trânsito em julgado, e sim na quantidade excessiva de ações judiciais que são ajuizadas a cada em ano em progressão geométrica e a pouca preocupação do Judiciário em dar-lhes andamento.

Um dos maiores obstáculos ao andamento processual é, sem dúvida alguma, o não cumprimento dos prazos impostos aos magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria e da Polícia Judiciária, sem contar os demais órgãos que auxiliam na produção de provas.

Sob a prerrogativa dos prazos impróprios, a maioria dos magistrados pouco se importa em apreciar as causas, deixando-as sem movimentação nas prateleiras das secretarias ou nas pilhas de processos conclusos até um pouco antes das inspeções.

É fácil perceber, principalmente por quem milita na área criminal, que os processos passam muito mais tempo à espera de uma manifestação do juiz que à espera dos atos das partes, mormente em razão do instituto da preclusão que incide sobre os prazos próprios.

Isso decorre do simples fato de que o não cumprimento dos prazos não gera sanção processual, ou seja, não invalida o ato praticado fora do prazo. A ausência de punição é uma das maiores, se não a maior causa da ausência de efetividade do princípio da duração razoável do processo.

Outro argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal que carece de amparo constitucional é que os recursos extraordinários têm sido manejados com a única finalidade de procrastinar o cumprimento de uma decisão judicial.

Ora, se no processo penal não é admitida sequer a imposição ao réu de multa por litigância de má-fé, uma vez que constitui analogia *in malam partem* e que a imposição, não prevista expressamente na legislação processo penal, implicaria prejuízo para o acusado, na medida em que inibiria a atuação do defensor, é forçoso concluir que afastar o trânsito em julgado é ainda mais inadmissível.

É incoerente inconstitucional e, mais que isso, injusto, prejudicar o indivíduo que realmente teve seu pleito julgado de forma ilegal ou inconstitucional, retirando-lhe o direito ao recurso, em razão de uns poucos recursos que, eventualmente, são interpostos com má-fé.

Clarividente que, com as últimas decisões sobre a execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal olvidou-se do seu papel de guardião da Constituição e, levantando a tese da mutação constitucional no art. 5º, LVII, da CRF/88, manipulou o texto constitucional a fim de almejar a sua tão sonhada redução de número de processos a serem julgados, transformando-se em um verdadeiro poder constituinte permanente.

Nesse sentido, impende lembrar as palavras do doutrinador espanhol Pablo Lucas Verdú (1994, p. 75-74), ao afirmar que “o monopólio do conceito e da prática da Constituição pelos tribunais constitucionais, conduz, às vezes, a que estes não se limitem a defender e a interpretar, como instância máxima, a Lei Fundamental, senão a assenhorá-la”.

Questão que merece destaque diz respeito ao argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal ao afirmar que, já que a Corte foi ativista, em 2011, ao reconhecer união estável homoafetiva contra o enunciado da Constituição, também poderia contrariar o texto constitucional no caso da presunção de inocência.

Ora, como dito em outro momento, o Poder Judiciário exerce uma função contramajoritária em democracias constitucionais que admitem o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Ocorre que muitas das vezes as minorias não conseguem eleger seus representantes e veem seus direitos desrespeitados, diante de uma ausência de lei necessária para implementá-los ou diante de uma lei que ofenda esses direitos.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário, no qual se inclui o Supremo Tribunal Federal, ultrapassar aquilo que está escrito no texto da Constituição, a fim de proteger direitos fundamentais dos cidadãos, nunca com a intenção de ofender direitos fundamentais ou de restringir a esfera jurídica do cidadão, mormente o direito à liberdade.

No caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, em que pese a Constituição, no seu art. 226, §3º, prever, expressamente, que reconhece como família quando celebrada entre o homem e a mulher, em nenhum momento a CRF/88 dispôs que somente

pode haver o reconhecimento das uniões entre pessoas de sexos opostos, ou seja, o constituinte não afastou o eventual reconhecimento de união homoafetiva.

Afirmar que não há diferença entre as duas decisões é desconsiderar que, enquanto na decisão sobre a presunção de inocência o Supremo Tribunal Federal contrariou a literalidade do texto constitucional, na decisão que reconheceu a união homoafetiva, a Suprema Corte atentou-se para a mudança substancial na sociedade que reclamava pela adequação do texto constitucional à nova realidade social.

Não se pode olvidar o contexto histórico no qual a Constituição da República de 1988 foi promulgada. O Brasil acabava de sair de um regime ditatorial, onde jamais seria admitido o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo. A sociedade, por sua vez, era majoritariamente contra novas concepções de entidade familiar.

O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, em decisão histórica e acertada, levou em consideração o fato de que o texto do aludido dispositivo traz apenas uma exemplificação do conceito de união estável e que a mutação constitucional não resultaria em nenhuma restrição a direitos fundamentais, mas sim em uma ampliação de direitos fundamentais preexistentes, o que não ocorreu no caso do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP, já que houve uma restrição inconstitucional ao princípio da presunção da inocência.

Uma outra questão reside no fato de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal ser ativista para restringir a esfera jurídica do cidadão a ponto de eliminar direitos, mas tão somente para proteger e ampliar esses direitos. Portanto, uma vez que o objetivo da jurisdição constitucional é tutelar os direitos fundamentais, acertada a decisão que reconheceu a união homoafetiva.

Preocupante é saber que, se a Suprema Corte, em total afronta à Constituição, defende a prisão antecipada de alguns inocentes em nome da redução da impunidade de alguns culpados, nada impede que daqui a alguns dias ela relativize a proibição da tortura e a pena de morte com o mesmo fundamento.

Cesare Beccaria, na obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, pontua:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado (BECCARIA, 2004, p. 37).

O autor lembra que, efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado. Portanto, percebe-se que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal representa nada mais nada menos que o direito da força, ilegal e ilegítimo.

Portanto, a relativização infundada de direitos fundamentais expressamente asseguradas na Constituição representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, vez que em nome da efetividade da prestação jurisdicional, satisfação do clamor popular e do apelo midiático, garantias individuais são constantemente vilipendiadas.

5 CONCLUSÃO

Pela importância da liberdade e pelo grau de severidade que é atribuído às penas privativas da liberdade na legislação penal brasileira, foi que a Constituição da República de 1998 consagrou no art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência, sob o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não raras são as condenações decorrentes de primeira instância em que o acusado, em sede recursal, é absolvido ou tem sua sentença modificada no aspecto da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos ou outra forma menos gravosa.

Assim, na contramão da falência do sistema penitenciário brasileiro, em especial a superlotação dos presídios, o Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 17 de fevereiro de 2016, do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, totalmente alheio à realidade em que vive o cárcere no Brasil e em plena contrariedade ao princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da CRF/88, permitiu a execução antecipada da pena na pendência de impugnações extraordinárias após a confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de segundo grau de jurisdição.

O estudo principiológico confirma que os princípios constitucionais não apenas orientam o juiz diante do caso concreto e atuam como fatores de colmatação de lacunas, mas, sobretudo, impõem um limite ao arbítrio do julgador, pois como normas jurídicas vinculantes que estabelecem juízos de dever-ser, condicionando e orientando a compreensão do ordenamento jurídico.

São nos princípios que os direitos e garantias fundamentais se sustentam, portanto assim é que as normas infraconstitucionais sempre estarão sujeitas ao crivo dos princípios, de modo particular àquelas que, eventualmente, possam atingir a dignidade da pessoa humana, a qual precede e constitui qualquer outro direito fundamental.

No estudo do princípio da ampla defesa e sua aplicação no Processo Penal, demonstrou-se que este não pode ser visto de modo restrito, uma vez que compreende todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. No mesmo prisma do art. 5º, LV, da CRF/88, afirma-se que o princípio da ampla defesa, além de oportunizar aos litigantes o direito à informação de qualquer ato processual, objetiva a garantia de um processo justo e eficaz.

A decisão do STF que admitiu a execução antecipada da pena ofendeu gravemente o princípio da presunção de inocência expresso de forma tão cristalina no Art. 5º, LVII, da CRF/88, o qual se destina à ação penal para que esta não venha a ser simples

instrumento de aplicação de pena, mas que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um bom exemplo para o mundo na proteção a dignidade da pessoa humana, pois concentrou em seu Art. 5º, LVII o verdadeiro sentido da proteção à dignidade da pessoa, ao afirmar que ninguém será declarado culpado senão após a sentença transitada em julgado. E como então compreender a decisão do STF que subverteu tão cristalino comando constitucional quando autorizou o recolhimento à prisão de uma pessoa que se encontra com uma ação penal, sem trânsito em julgado, pendente de recurso especial ou extraordinário?

O princípio da presunção de inocência foi combatido com o simplório argumento em favor da celeridade processual, pois considerou que a delonga recursal estava conduzindo a sociedade ao sentimento de impunidade por parte do Poder Judiciário, o que gerou um clamor público pela efetivação da justiça. Desse modo, o STF se viu na condição de legislador e subverteu a ordem constitucional.

Os preceitos em matéria recursal do Processo Penal se diferem do Processo Civil, pois no primeiro, o bem maior da pessoa sujeito a constrição é a liberdade, e nesse sentido os recursos devem sempre ter efeitos suspensivo.

Desse modo, o STF ao aplicar a execução antecipada da pena não levou em consideração a reversão da sentença e a conseqüente impossibilidade de reparação do dano sofrido, ao contrário do que ocorre no Processo Civil, vez que a execução por meio de cumprimento provisório da sentença só atinge a parte incontroversa, circunstância inaplicável no processo penal, vez que o bem discutido é a liberdade.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 o STF deu prevalência ao argumento de que há muitos recursos até a execução da pena e que por tal fato, não raro, ocorre a prescrição punitiva. Todavia, o STF comete grande equívoco ao suplantiar um texto constitucional com força normativa com um argumento de organização judiciária, que prestigia o prazo impróprio do juiz em detrimento das partes, em que os prazos são previamente estabelecidos por lei ou pelo magistrado. Assim, o ônus da lentidão na tramitação processual não pode recair sobre as partes, em especial, sobre o réu.

Diante do mais recente texto constitucional de 1988, o STF passou a ter um papel de destaque no cenário político nacional, pois, no relevante papel de guardião da Constituição, se tornou o verdadeiro defensor e garantidor das liberdades individuais, inclusive de novos desafios decorrentes da dinâmica social, tais como o reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, dentre outros.

Ocorre que nem mesmo o STF está isento de cometer erros, vez que sua composição plural de onze ministros possibilita convicções divergentes. Nesse sentido, cabe à sociedade a fiscalização, críticas e colaboração, dentro da legalidade, dos atos emanados dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O *status* de Ministro do STF é, de forma incontestada, uma posição superlativa aos demais membros do Poder Judiciário e no cenário político representa um cargo de grande relevo. Se considerada a atual crise política pela qual passa o Poder Executivo Federal e o Legislativo Federal, o STF, por conta dos julgamentos de chefes do executivo e parlamentares em decorrência do foro por prerrogativa de função, passou a desempenhar o papel de protagonista no cenário da política nacional.

O protagonismo do STF demonstra o desequilíbrio das instituições, pois, eventualmente, pode levar o povo a acreditar que o Poder Judiciário seja a única forma de solução dos problemas do país. Assim, são constantes os movimentos populares, passeatas, em frente ao edifício sede do STF quando da ocorrência de grandes julgamentos, como consequência do clamor público por justiça.

A audiência pública realizada pelo STF é um bom exemplo na construção da cidadania e um bom instrumento para os ministros interagirem com os grupos sociais envolvidos no objeto de julgamentos e oportunidade para identificar o verdadeiro objetivo do clamor público.

Ficou claramente demonstrado que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, o STF, atendendo ao chamado do clamor público sob o argumento de que a delonga processual provocada por inúmeros recursos, se é que inúmeros recursos seja possível, estava gerando um sentimento de impunidade, afastou no todo um princípio basilar da garantia da dignidade da pessoa humana.

Outros princípios, que não o da presunção de inocência, até possibilitam uma intensificação da força interpretativa dos constitucionalistas para a extração de seu núcleo, isto é, de seu centro intangível e núcleo essencial do sentido da norma.

Todavia, no caso do princípio da presunção de inocência, o seu núcleo, ao contrário do que o termo sugere, está clarividente e não se encontra encoberto por normas gramaticais, ou seja, seu núcleo informa claramente que a pena só será executada quando houver condenação transitada em julgado.

Ao se considerar a decisão prolatada no *Habeas Corpus* nº 126.292, de modo isolado, já restará comprovada a contrariedade ao princípio da presunção de inocência, mas se for considerado seus efeitos em face da calamidade pública do sistema carcerário brasileiro,

não haverá qualquer dúvida da ofensa à dignidade da pessoa humana, que, por oportuno, até mesmo pessoas com sentença penal condenatória transitada em julgado não deveriam ser submetidas a um cárcere cruel.

O STF, no julgamento do HC nº 126.292, decidiu em pleno retrocesso ao princípio constitucional, atingindo, inclusive seu núcleo essencial e em plena contradição a seus próprios julgamentos em favor da dignidade da pessoa humana, quando a exemplo, no ano de 2015, reconheceu o estado de coisas inconstitucional em que vive o sistema penitenciário nacional pela forma de tratamento degradante que é dada aos condenados à pena de prisão no Brasil, verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana, fato público e notório.

Desse modo, o STF diante de tão grave crise do sistema carcerário brasileiro e de tão forte garantia da dignidade da pessoa (o princípio da presunção de inocência com sua magnífica força vinculante), decidiu em favor da execução antecipada da pena na pendência de impugnações extraordinárias.

Assim, obedientes ao clamor público por justiça e sob o fundamento da mutabilidade constitucional em face da dinâmica social, afastou-se integralmente não só um princípio, mas a dignidade da pessoa humana.

O temor não apenas daqueles que respondem a ação penal, mas de todas as pessoas lúcidas e conscientes de sua cidadania em um Estado Democrático de Direito, é a supressão de tão importante princípio constitucional que leva a compreensão de ocorrência de usurpação pelo Judiciário de atribuição do Poder Legislativo.

Desse modo, a inquietação jurídica, a qual faz parte da dinâmica social, não tardará em reconduzir ao STF a discursão e conseqüente busca pelo restabelecimento da eficácia do princípio da presunção de inocência e conseqüente preservação da dignidade da pessoa humana dirigido a toda sociedade.

Todavia, a questão não estará, simplesmente, resolvida com novo julgamento e com decisão que restabeleça o princípio em comento, pois se faz necessário que seja assegurado um instrumento garantidor da segurança jurídica, sem prejuízo de decisões que acompanhem a dinâmica social, que preserve os princípios garantidores verdadeiramente do bem-estar social. Para tanto, não basta mais um ato normativo, que se assim fosse o STF não teria decidido contrariamente ao referido princípio constitucional, mas com o comprometimento e responsabilidade com o Estado Republicano em que as Esferas do Poder desempenhem seu papel naquilo que lhes cabe.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AS ORDÁLIAS da Idade Média, ou “o juízo de Deus”. **HistoriaZine**. 2016. Disponível em: <<https://historiazine.com/as-ordalias-da-idade-media-d090cbac4831>>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahu. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDFT, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038-28-maio-1990-365654-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 maio. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 88520**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2006. Disponível em: <dje-165 divulg 18-12-2007 public 19-12-2007 dj 19-12-2007 pp-00024 ement vol-02304-01 pp-00181>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Habeas corpus nº. 84.078-7**, Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Habeas corpus nº 126292**, Rel(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Recurso Extraordinário Re 580252**, Rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25335328/recurso-extraordinario-re-580252-ms-stf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**: anteprojeto da comissão. 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**: anteprojeto do relator. 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais**. 1987. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 8 maio. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2014. Disponível em: <<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1999.

_____. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1953. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_por.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. **Constituição espanhola**. 1978. Disponível em:

<<https://iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. **Código Penal Espanhol**. 1995. Disponível em: <<http://www.linguee.com/br/espanholportugues/traducao/c%C3%B3digo+penal+espa%C3%B1ol.html>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html>. Acesso em: 25 mar. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 20 abr. 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosh, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Livro digital).

_____. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentário ao código de processo penal à luz da doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Monoele, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl., 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

ODONE, Sanguiné. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 05 maio. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 05 maio. 2017.

PÉREZ, Miguel Angel Aparicio. Modelo constitucioanal de estado y realidad política. In: **Corrupción y estado de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1966.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel et al. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Osmar. R. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La Constitución en la encrucijada**: palingenesia iuris politici. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Efeitos suspensivos dos recursos constitucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 1, v. 3, jul.-set., 1993.

ZAVALERA, Arturo J. **La prisión preventiva y la libertad provisoria**. Buenos Aires: Arayú, 1945.