

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

ADAMASTOR SELIM JÚNIOR

**A (IN)CONGRUÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
HODIERNO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP**

**SÃO MATEUS
2017**

ADAMASTOR SELIM JÚNIOR

**A (IN)CONGRUÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
HODIERNO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Rosana Júlia Binda

SÃO MATEUS

2017

ADAMASTOR SELIM JÚNIOR

**A (IN)CONGRUÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: HODIERNO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDO NO
JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado. São Mateus, ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

**ORIENTADORA: PROF. ROSANA
JÚLIA BINDA. FACULDADE VALE
DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico a minha amada esposa Marize e a
minha princesinha Clarice.

Agradeço a minha esposa e filha pelo amor, paciência e incentivo. Aos meus pais pelo impulso e direção. A Jesus Cristo pela inspiração de ser advogado. A Deus pelo caminho e pela oportunidade de caminhar.

O sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

RESUMO

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/ SP o Supremo Tribunal Federal, de forma surpreendente e inovadora, reconheceu 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. A questão, longe de ser pacífica, causa grande celeuma jurídica, pois expressiva parte da doutrina e até mesmo o próprio STF em julgamentos anteriores, como no Habeas Corpus 84.078/MG de 2009, se posicionam contrários a esse entendimento. Discutiremos as nuances jurídicas que envolvem a matéria, sobremaneira nos dedicando ao confronto da decisão exarada no julgamento do HC 126.292/SP à luz do princípio da não culpabilidade sedimentado na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Execução Provisória. Pena. Princípios Constitucionais. Liberdade.

ABSTRACT

In the judgement of the Habeas corpus 126.292/SP the Federal Supreme Court, of surprising and innovatory form, recognized that the provisional execution of condemnatory penal sentence uttered in degree of appeal, that I subject the special or extraordinary resource, still does not compromise the constitutional beginning of the presumption of innocence affirmed by the 5th, incised article LVII of the Federal Constitution. The question, far from being peace-loving, a big cause legal pandemonium, since expressive part of the doctrine and even in previous judgements, as in the Habeas corpus 84078 of 2009, they position the STF itself opposite to this understanding. We will discuss the legal nuances that wrap the matter, exceedingly when not guilt is dedicating us to the confrontation of the decision exploded in the judgement of the HC 126.292/SP by the light of the beginning of consolidated in the Federal Constitution of 1988.

key words: Provisional execution. Feather. Constitutional Beginnings. Freedom.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	11
1.1	DA VINGANÇA PRIVADA, DA VINGANÇA DIVINA E DA VINGANÇA PÚBLICA	11
1.2	DO DIREITO PENAL ROMANO, DO DIREITO PENAL GERMÂNICO E DO DIREITO PENAL CANÔNICO	13
1.3	DO DIREITO PENAL HUMANITÁRIO	14
2	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
3	O CONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..	22
3.1	O CONSTITUCIONALISMO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	22
3.2	A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ..	24
4	DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	29
4.1	DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	30
4.2	DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	34
4.3	DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	37
5	DOS RECURSOS EM GERAL E DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL	43
6	A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO PENAL E ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP	47
	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Considerando os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, indaga-se sobre a possibilidade da execução provisória da pena após acórdão dos Tribunais de Justiça, ainda que haja pendência de julgamento de recursos interpostos nos Tribunais Superiores.

A Constituição Federal de 1988 possui em seu texto diversas garantias cujos objetivos são o direito à liberdade. Dentre essas garantias se destaca a presunção de não culpabilidade, que assegura o status quo de inocência até que se tenha certeza jurídica da culpa, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória, para somente então iniciar a prisão da modalidade pena.

Até o julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG em 2009, o Supremo Tribunal Federal legitimava a execução da pena como efeito da sentença condenatória, mesmo que recorrível. No julgamento do remédio constitucional restou o entendimento de que tal prática violaria o princípio da presunção da inocência. Ocorre que em 17 de fevereiro de 2016, o pleno do Tribunal Superior no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP reformou seu entendimento ao concluir que não viola o referido princípio constitucional o cumprimento de pena em caso de condenação emanada de decisões dos Tribunais de Justiça, mesmo na pendência de julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário.

Grande debate doutrinário se ascendeu diante da decisão do Supremo, a controvérsia acerca da possibilidade, ou não, da privação da liberdade do condenado por acórdão do Tribunal de Justiça, sobretudo em razão da presunção da inocência ancorada na Constituição da República, razão pela qual é relevante pesquisar sobre o assunto.

O objeto deste trabalho é, portanto, conhecer brevemente a evolução histórica do Direito Penal, conhecer o nascimento ou o momento de afirmação das garantias individuais, compreender como o constitucionalismo atua no Estado Democrático de Direito para garantir a liberdade os indivíduos, analisar as garantias processuais penais constantes na Constituição Federal de 1988 delimitação seu alcance, conhecer as funções primordiais dos recursos, para enfim concluir a respeito do cabimento, ou não, da execução provisória da pena quando o acórdão condenatório ainda não tenha transitado em julgado, verificar se a execução da pena privativa de liberdade, quando ainda pendente julgamento de recursos extraordinários, é compatível com as garantias constitucionais, principalmente com a presunção da não culpabilidade.

A hipótese a ser confirmada apoia-se na ponderação de que a execução

provisória da pena ofende o princípio da presunção da inocência, pois na pendência de recurso extraordinário ou especial não há falar em trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo o réu não poderia ser considerado culpado à luz da Constituição Federal e em razão disso não deveria iniciar o cumprimento da pena.

Para consecução deste trabalho será utilizado o procedimento monográfico com pesquisa indireta à doutrina especializada e jurisprudência.

Para fins de organização capitular adotar-se-á a seguinte sistemática:

De início será abordada, de maneira sucinta, a evolução histórica do Direito Penal, objetivando delimitar a forma com que a pena passou das mãos do indivíduo para a tutela do Estado, além disso, buscaremos compreender a relação entre justiça, pena e liberdade, e como esta relação originou historicamente os direitos e garantias fundamentais.

Em continuidade, analisar-se-á o surgimento do constitucionalismo. Evidenciaremos a constituição na estrutura hierárquica das leis dentro de um Estado Democrático de Direito. Almejamos compreender se existe dependência e subordinação por parte do Direito Penal e Processual Penal em relação à constituição.

Por conseguinte, examinaremos os direitos e garantias aplicados ao Direito Penal e Processual Penal presentes na Constituição Federal de 1988, com atenção especial e análise dos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Será preciso também verificar a função dos recursos no sistema processual e conhecer de forma mais aprofundada os recursos Extraordinário e Especial.

Por termo, analisar-se-á de forma crítica o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, que representou mudança substancial no posicionamento do Supremo Tribunal Federal por reconhecer a possibilidade da execução antecipada da pena, ainda que pendente julgamento de recursos extraordinários, e concluir-se-á sobre a (in)congruência entre o posicionamento adotado pela Suprema Corte e a presunção de inocência sedimentada no texto da Constituição Federal de 1988.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo analisar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à compatibilidade da execução provisória da pena com os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, em especial com princípio da presunção da inocência, pois o poder de punir do Estado brasileiro não é irrestrito e desvinculado, pelo contrário, segue a legalidade estrita em todos os atos processuais penais, portanto é imprescindível verificar a (in)congruência entre o posicionamento da corte suprema e a Lei Fundamental, sob pena de grave violação às garantias e direitos ali sedimentados.

Caberá breve resgate histórico, óbvio que sem qualquer pretensão maior, visto não ser esse o objetivo deste trabalho, com a finalidade de analisar alguns mecanismos de interação do indivíduo com o Estado para que possamos compreender perfeitamente as discussões que se seguem.

A discussão a respeito dos limites do jus puniendi do Estado diante do direito fundamental à liberdade remonta até o embrião da própria história do Direito, pois justamente a derivação do poder de agir do indivíduo para o Estado, do direito de vingança para o direito penal positivado, é que gerou a controvérsia a respeito do limite e da efetividade desse poder como retribuição ao ilícito penal, pois ele deve ser ponto de equilíbrio social, evitando o retrocesso ao estado primitivo de solução de conflitos, onde o indivíduo gozava de ampla liberdade, fazendo com que prevalecesse o direito do mais forte, que terminava, de fato, em vingança privada. Destarte, para o Estado a aplicação do direito penal tem função social inegável de preservação das relações entre indivíduos, como forma de manutenção da paz.

Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. (ROUSSEAU, 1762, p. 09).

1.1 DA VINGANÇA PRIVADA, DA VINGANÇA DIVINA E DA VINGANÇA PÚBLICA

Em uma condição rudimentar de organização social a retribuição direta pelo ofendido contra o ofensor se tornou a primeira forma de aplicação de pena, consistindo, em suma, em pura vingança.

A primeira modalidade de pena foi consequência, basicamente, conforme explicitado por Magalhães Noronha, da chamada vingança

privada. O único fundamento da vingança era a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido. (GRECO, 2016, p. 16).

Como forma de mitigar o alcance da retribuição podemos citar a Lei de Talião, que propôs, de forma superficial em verdade, a primeira regra de proporcionalidade penal, “olho por olho” e “dente por dente”.

Na vingança divina, por outro lado, já existe um poder social capaz de impor normas de conduta e sanções pela sua desobediência, porém o princípio dominante é a punição como forma de aplacar a ira da divindade ofendida pelo infrator e trazer redenção ao ofensor. Era aplicado diretamente pelos sacerdotes, que, supostamente, tinham relação direta com a divindade.

A respeito da vingança divina, ensina Noronha (2004 apud GRECO, 2016, p. 17) que “é o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. [. . .] Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar bem-aventurança.”

Como podemos notar:

Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas ad hoc, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenezou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer, e o que ele arrancava formava em cada parte uma chaga do tamanho de um escudo de seis libras [. . .] nem é preciso dizer que ele gritava, com cada tortura, da forma como costumamos ver representados os condenados: “Perdão, meu Deus! Perdão, Senhor”. (FOUCAULT, 1999, p. 04).

Carregando, ainda, os resquícios das fases anteriores, pois em comunidades tribais continua havendo a vingança privada, nutrida de toda forma de misticismos, típicos da vingança divina, surge a vingança pública com caráter intimidatório e finalidade retributiva, ocorre que permanecem atos de violência que acabam em morte ou mutilações ainda herdadas da Lei de Talião, o que acaba por enfraquecer os grupos sociais. Nesse contexto, surge a necessidade de materializar as penas de outra forma que não diretamente sobre o corpo do infrator, nascendo o que se denominou de composição, explica Maggiore (1971 apud GRECO, 2016, p. 19):

Ao transformar-se o talião em composição, se realiza o processo subsequente. Assim, o agravo já não se compensa com um sofrimento pessoal, senão com alguma utilidade material, dada pelo ofensor. O preço do resgate, e já não mais o da vingança, está representado pela entrega de animais, armas, utensílios ou dinheiro.

1.2 DO DIREITO PENAL ROMANO, DO DIREITO PENAL GERMÂNICO E DO DIREITO PENAL CANÔNICO

O Direito romano pode ser considerado um dos mais importantes avanços desta ciência. Por volta do ano 450 a.C. foi entalhada em tabletes de madeira o que ficou conhecido como Lei das XII Tábuas, sendo afixadas no Fórum Romano, o que permitiu o conhecimento amplo das leis.

Os romanos também foram responsáveis pela distinção entre crimes públicos, julgados pelo Estado através de um magistrado, e crimes privados, julgados pelo próprio ofendido, intervindo o Estado somente como moderador. Não havia, ainda, uma sistematização do Direito Penal, mas muitos institutos aplicados atualmente remontam a este período, dentre os quais podemos citar o nexu causal, dolo, culpa e inimputabilidade.

Por seu turno, o Direito germânico primitivo não possuía fonte escrita, baseando-se em normas transmitidas por meio de costumes, muitas penas ainda se baseavam em vingança ou pelo que chamavam de perda da paz (*friedlosigkeit*), que consistia em uma pena de banimento que colocava o infrator fora da proteção do grupo social e sujeito a execução por qualquer pessoa.

O direito aplicado a cada indivíduo variava de acordo com o grupo a que efetivamente pertencia. Aos poucos, o contato com o mundo romano fez com que o direito consuetudinário fosse sendo modificado, uma vez que Roma prezava suas leis escritas. As ordálias, ou juízos de Deus, foram amplamente utilizadas pelo Direito Penal germânico durante toda a idade média [. . .] O acusado, portanto, deveria provar sua inocência se submetendo a diversas provas, a exemplo de segurar, durante determinado tempo, uma pedra incandescente ou colocar suas mãos em água fervente. Se suportasse o sofrimento, significava que era inocente e que Deus o havia absolvido; caso contrário, estaria comprovada a sua culpa. (GRECO, 2016, p. 21).

Notamos que o método primitivo de resolver pela força as questões penais não desapareceu por completo, mesmo com a influência do Direito romano. As ordálias atuavam como forma intermediária para evitar um conflito direto entre as partes e a perpetuação dos velhos costumes de vingança privada, porém nesse período predominava o indivíduo, como de fato na maior parte da idade média.

Marco fundamental para o Direito Penal canônico foi o ano de 313 d.C. quando o imperador romano Constantino proclamou a liberdade de culto cristão através do Édito de Tolerância, após sua suposta conversão. Em 380 d.C o Édito de Tessalônica, por Teodósio I, consagrou o cristianismo como única religião permitida dentro do império romano, concedendo um vasto poder à igreja.

Nas lições de Heleno Fragoso trazidas por Greco (2016, p. 22):

A influência do Direito canônico foi benéfica. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim, ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente, através do direito de asilo e da trégua de deus (treuga dei). Por força desta última, da tarde de quarta-feira à manhã de segunda-feira nenhuma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão. Opôs-se também o direito canônico às ordálias e duelos judiciais e procurou introduzir as penas privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu.

Cabe, ainda, mencionar a importância do Direito canônico para a implantação do sistema penitenciário, pois as penas privativas de liberdade vinham com a ideia cristã de redenção de pecados e o crime era assim considerado.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas. (BITENCOURT, 2012, p. 1268).

1.3 DO DIREITO PENAL HUMANITÁRIO

O iluminismo foi um período áureo da história para a mudança de inúmeros paradigmas, grandes transformações ocorreram no mundo jurídico, político e social em face das ideias consolidadas nesse movimento, a partir de teorias de grandes filósofos o Direito Penal também foi atingido profundamente.

O indivíduo, para garantir sua sobrevivência, outrora aceitou limitar sua liberdade para encontrar um novo modelo de organização social onde pudesse também ver limitados os direitos dos demais e ao mesmo tempo ambos verem fortalecidos seus próprios direitos, pois os transferem a uma coletividade, da qual são partes, um soberano regente das relações dentro do que Rousseau (1762, cap. VI) chamou de contrato social. De fato, segundo o autor suíço, havendo uma doação

mútua de poder e liberdade, todos os indivíduos conservariam a mesma quantidade que tinham antes de ambas as grandezas, equilibrando a relação social.

Enfim, cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem. (ROUSSEAU, 1762, p. 10).

Anotamos, ainda:

Leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. [. . .] A soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositado nas mãos do soberano, como administrador legal. (BECCARIA, 2012, p. 12).

Ocorre que a derivação do poder para um ente coletivo que deveria ser, em essência, a conjunção do poder de todos indivíduos, acabou por corrompê-lo, subvertendo o que fora pactuado, gerando deformidades consubstanciadas em um Estado absoluto de poder. BECCARIA, op. cit., p. 14 afirma que “foi a necessidade que forçou o homem a abrir mão de sua liberdade. [. . .] O agregado dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Tudo o que vai além disso é abuso, não justiça.”

O indivíduo perde seu poder primitivo de luta e oposição e passa a ser totalmente submisso ao tirano, o que, somente, a partir do século das luzes começa a ser recuperado e o homem começa a ter direitos frente ao Estado, o que refletiu em transformações importantes no Direito Penal.

Após o período iluminista, sobretudo a partir do final do século XVIII, as penas de caráter aflitivo, ou seja, o corpo físico do delinquente pagava pelo ilícito que ele havia cometido, passaram, aos poucos, a serem substituídas pelas penas privativas de liberdade, isso já em demonstração de um aumento da sensibilidade da humanidade ante o sofrimento. Segundo Greco (2016, p. 24) “o progresso mais importante nesse sentido teve lugar com a passagem do absolutismo do Antigo Regime ao Estado Constitucional.”

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar a um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao

mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente. Esse movimento de ideias, definido como Iluminismo, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. (BITENCOURT, 2012, p. 157).

No mesmo diapasão doutrina Beccaria (2012, p. 77):

Proporcionalmente à crueldade das penas, as mentes dos homens, da mesma forma que a altura dos fluídos se equilibra, tornam-se mais duras e insensíveis e, com a continuidade da força dos interesses, dentro de cem anos, a roda da tortura não aterrorizará mais do que a prisão de hoje. Para que uma pena tenha seu efeito, basta que o mal da pena exceda o bem promovido pelo crime e, neste excesso de mal, deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziu. Toda a severidade acima desses limites é supérflua e, portanto, tirânica.

Segundo Silva (2012, p. 173) nesse período da história é que floresce o que hoje conhecemos como garantias individuais, afirma que estavam presentes as condições reais e subjetivas para tal. As condições reais, seriam as transformações pelas quais passava a Europa no século das luzes, em especial a contradição entre a monarquia absoluta e a sociedade em plena expansão comercial e cultural. Quanto às condições subjetivas, o pensamento cristão primitivo, no sentido de que o homem, como ser criado à imagem de Deus, possui dignidade intrínseca a sua simples existência; a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, uma vez que possuíam como objetivo precípua transformar o Estado em um instrumento para a efetivação de características inerentes a todo ser humano; e o pensamento iluminista, em razão de seu expressivo papel para a afirmação do individualismo.¹

[. . .] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (. . .) no início da idade moderna. (BOBBIO, 2004 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 266).

Notadamente, não cabe nos aprofundarmos em cada condição, o que nos é dado nesse momento é compreender que nesse momento ímpar da história estavam presentes condições necessárias para que o homem retomasse sua força perante o

¹ José Afonso da Silva adverte que “na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao status quo vigente [. . .] o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem.” (SILVA, 2012, p. 173)

Estado, pois as ideias emanadas dos filósofos iluministas naquele cenário serviram de base para edificação de uma estrutura legal moderna que influenciou em particular a relação entre os membros do estado, entre si, e com o Direito enquanto ordenador das relações sociais.

Marmelstein (2009, p. 37) comenta sobre a teoria contratualista do iluminista John Locke:

De acordo com Locke, essas pessoas que, voluntariamente, se uniram para formar a sociedade civil transferiram parte de sua liberdade natural para a comunidade ao consentir em respeitar as leis. As leis, contudo, não deveriam ser ditadas unilateralmente por um soberano, mas pactuadas por todos os membros da sociedade. E nesse caso, para Locke, até mesmo o Príncipe estaria subordinado às leis previamente aprovadas pela maioria dos membros da sociedade civil. Eis a base teórica do Estado Democrático de Direito.

Colaciona-se, ainda, que:

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação — o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 266).

O ideal do pensamento racional dos filósofos iluministas foi de crucial importância para a deflagração da Revolução Francesa em 1789. O povo, inspirado pelo lema “liberté, Egalité, Fraternité”² e oprimido pelo totalitarismo vigente, que causava extrema pobreza e injustiça social, marchou sobre a Bastilha³, eliminando pelo caminho a nobreza que se levantava contra sua determinação. As construções jurídicas e filosóficas oriundas desses movimentos de caráter profundamente humanitários irradiaram por todo o mundo, dando um novo sentido às relações indivíduo Estado, sobremaneira no que se refere ao Direito Penal, dado seu caráter regulatório das relações sociais e do exercício do jus puniendi estatal.

² Lema da Revolução Francesa que em português significa Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

³ A Tomada da Bastilha, também conhecida como Queda da Bastilha, foi um evento central da Revolução Francesa, ocorrido em 14 de julho de 1789. Na Bastilha eram presos aqueles que discordavam ou representavam uma ameaça ao poder absolutista dos reis.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como discorreremos em momento oportuno do capítulo anterior, os direitos fundamentais nasceram, ou tomaram forma mais consistente, pois como veremos são inerentes à própria natureza humana, verdadeiramente, a partir do Iluminismo e Revolução Francesa, sendo resultado da conspiração de fatores históricos, políticos, filosóficos e religiosos, conforme ensina SILVA, 2012, p. 173, loc. cit.. Nesse momento adentraremos a conhecer mais profundamente esses direitos.

Ora, uma das referências multiculturais mais expressivas das sociedades plurais da atualidade são, indubitavelmente, os direitos fundamentais, desenvolvidos através de um longo percurso histórico, percorrido desde o surgimento do conceito de que o homem tem direitos naturais que lhe são imanentes, passando pelo conceito de direitos humanos até, finalmente, serem elevados às Constituições com a denominação fundamentais. (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 1273, grifos do autor).

Buscar um conceito de direitos fundamentais, considerando suas características trans dimensionais, sua aplicação a todo ramo do Direito, além de sua indispensabilidade na construção de um Estado Democrático de Direito, é algo bastante complexo, principalmente quando se remonta ao longo, e ainda não finalizado, caminho percorrido pela humanidade para se chegar ao seu reconhecimento.

Seguimos com alguns conceitos que nos parecem auspiciosos para os fins a que se destina esse trabalho.

Direitos fundamentais do homem constitui expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (SILVA, 2012, p. 178, grifos do autor).

Anotamos, ainda, que:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. E o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271).

De fato, após exaustiva pesquisa em diversas doutrinas, encontramos poucos autores que se dedicam a definição do objeto de estudo deste capítulo, em verdade, o tema é por demais complexo, pois envolve múltiplas ciências e inúmeros critérios de aferição, porém, é possível compreender que a abrangência desses direitos é imensa, muito embora, nos ateremos àqueles que tutelam a liberdade, objeto deste trabalho.

Também é possível compreender que os direitos fundamentais possuem conteúdo normativo, sobre o qual logo discorreremos, mas muita de sua essência, aspecto material, está ligada à ética dos valores básicos inerentes a todo ser humano, a dignidade da pessoa humana é a pedra angular que orienta seu perene desenvolvimento, conforme afirma Marmelstein (2009, p. 18):

Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna.

Cabe, então, nesse momento, breve consideração sobre essa tão fundamental propriedade inerente a todo ser humano. Indiferentemente do caráter individual, do comportamento social ou da conduta, sejam eles abomináveis, reprováveis, ou não, qualquer que seja a pessoa, pela sua própria existência, é titular dessa irrenunciável condição, a dignidade, indissociável dos direitos fundamentais, pois esta a todos se aplica em razão daquela condição da pessoa humana.

O Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres

racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 1960, p. 67).

Vemos, inclusive, a mesma doutrina Kantiana fundamentar a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1948, art. 1º): “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Superada a essência ética, cujas raízes comprovadamente estão seguras na dignidade da pessoa humana, nos voltamos para o aspecto formal dos direitos fundamentais, pois, de fato, estão em uma posição superior no ordenamento jurídico, não tendo a lei ordinária como fonte direta, restando apenas a regulamentação de seu exercício às normas inferiores, permanecendo, porém, sob a égide constitucional.

Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. (MARMELSTEIN, 2009, p. 19).

Porém, não é somente o fato de estarem registrados no texto constitucional que fazem dos direitos fundamentais superiores diante dos demais ali gravados. A grande virtude desses direitos é a inviolabilidade sob a qual os colocou o legislador constituinte, que, em verdade, é a vontade soberana do povo. Os direitos fundamentais possuem proteção contra o poder constituinte reformador, exatamente para que não seja suprimida a proteção que eles abarcam. Na Constituição de 1988, a exemplo, os direitos fundamentais estão sob a guarda de cláusula pétrea constante no artigo 60, parágrafo quarto, que impede a emenda cujo objeto seja suprimir, dentre outros, os direitos e garantias individuais.

Considerando que as normas jusfundamentais integram a parte material da Constituição, não custa concluir que, situados no nível máximo da hierarquia normativa e protegidos por técnicas processuais de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais revelam-se, em primeiro lugar, como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário. A tanto equivale dizer que, no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida do seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores. (MARTINS NETO, 2003, p. 81, grifo do autor).

Complementando que:

Sendo assim, é correto afirmar que os direitos subjetivos protegidos na Constituição por uma cláusula pétrea são portadores de uma qualidade específica que imediatamente lhes confere um status especial. E, por essas duas características acrescidas, eles se revelam, distintos de todos os demais e mais importantes que estes, figurando como direitos sem paralelos, em traço e valor, no ordenamento jurídico positivo. Ibid., p. 86, grifo do autor

É preciso, ainda, o ensinamento do mestre Canotilho (2003, p. 377, grifo do autor):

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais”, “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).

Por fim, não obstante o inquestionável carácter axiológico dos direitos fundamentais, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana, a positivação dos preceitos por eles defendidos, expressada principalmente pela proteção de cláusula pétrea na Constituição que os previu, determina o verdadeiro significado dos direitos fundamentais e a sua real indispensabilidade para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

3 O CONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 O CONSTITUCIONALISMO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em linhas gerais, é possível verificar a ocorrência do Constitucionalismo em diversas eras, onde esse fenômeno de afirmação de direitos toma medidas de proporções variadas, ocorre que para este trabalho nos cabe conhecer a divisão simplificada de Canotilho, Constitucionalismo antigo e moderno, e nos aprofundar tão somente na fase moderna, ocorrida pós Iluminismo e Revolução Francesa, que consolida o aspecto do garantismo individual com o qual aqui flertamos.

Canotilho identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “movimentos constitucionais”. Em seguida, define o constitucionalismo como uma “. . . teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. (CANOTILHO, 2003 apud LENZA, 2012, p. 67).

Não há que se pensar que os direitos e garantias ainda fetais proclamados no século XVIII tenham se consolidado de forma abrupta, pelo contrário, ocorreram em gestação difícil e cheia de dores, até chegarmos ao estágio de desenvolvimento atual, que só foi possível com o Estado Democrático de Direito alicerçado no Constitucionalismo, pois somente com essa conjunção é possível pensar concretamente em garantias individuais.

[. . .] direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 09).

Cabe ressaltar o sentido de Estado de Direito e Estado Democrático, muitas vezes tomados como sinônimos, dada sua ligação atualmente inexorável, e, ainda,

do Estado Constitucional. Aquele demonstra a submissão dos membros à primazia da legislação estruturada em um sistema hierárquico, o que garante a segurança jurídica necessária ao equilíbrio das relações sociais e estatais. No tange ao Estado Democrático o que vemos é a pretensão precípua de se afastar a tendência humana ao autoritarismo, tornando a administração do Estado algo coletivo que se materializa no poder do povo. E diferente de ambos é o Estado Constitucional, que entendemos maior que os primeiros, pois garante legitimação e a limitação do poder.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel.

Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitando-se à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder. (BARROSO, 2010, p. 84).

No Estado moderno é imperativa a associação entre o Estado de Direito e o Estado Democrático através do Constitucionalismo, pois este é elemento de fortificação e consolidação entre aqueles. O Estado moderno só se edifica sobre o fundamento constitucional. O constitucionalismo escrito surge como essência do Estado, também com a função de racionalizar e humanizar, trazendo consigo a necessidade da proclamação de direitos. A racionalização e a humanização fazem com que os textos escritos exijam que todos no âmbito estatal estejam sob a força das normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito.

O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo Constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático** [. . .] O Estado Constitucional democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito. (CANOTILHO, 2003, p. 93, grifo do autor).

Nesse mesmo diapasão:

O Estado Constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito. (MORAES, 2016, p. 56).

De fato, a própria definição moderna de Constituição demonstra seu caráter estruturante e limitante em relação ao Estado.

[. . .] Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas. MORAES, op. cit., p. 58.

Essa expressão de direitos e deveres, nascida do âmago popular, por fim, é indispensável na estrutura do estado democrático de direito, e, sobremaneira, importante para a salvaguarda daquilo que o soberano povo considerou ser de mais importante valor, e, exatamente por isso, no caso do Estado brasileiro, guardou sob a proteção do poder de uma estrutura rígida, capaz de suportar às pressões de qualquer tirania opressora.

3.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico de um estado, assim entendido o conjunto de regramentos sob os quais se ordena a estrutura estatal e as relações sociais, não é composto por normas em mesmo patamar hierárquico, degraus separam-nas de acordo com o poder e o alcance que se lhes quer atribuir o legislador, até que se chega ao apogeu, uma lei sobre a qual não há outra, uma fonte e alicerce para as demais, um paradigma intransponível.

Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a supremacia da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada nomogênese jurídica [. . .]

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo — comandos postos em vigor — cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico — seja ele normativo ou de efeito concreto —, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 14).

Anotamos, ainda, que:

[. . .] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que se não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. (BOBBIO, 1995, p. 49).

Na mesma linha de raciocínio, importante saber que:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la. (MORAES, 2016, p. 1118).

No modelo de estado democrático de direito, a Constituição exerce esse papel, sendo ela a grande força ordenatória e limitativa de poder, traz unidade ao ordenamento jurídico e norteia o nascimento e a aplicação das normas subordinadas. De fato, o que nela está reservado não pode ser atacado, seja por outra norma, seja pela tutela jurisdicional, sob pena de ferir a própria existência do Estado, visto ser o texto constitucional o elemento definitivo para a conformação da estrutura democrática positivada.

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que se lhe são hierarquicamente inferiores. Desta forma, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis, que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo. Pelo contrário, a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais. (GRECO, 2016, p. 09).

Ainda sobre o tema, com mais rigor na interpretação jurisdicional das normas, extremamente relevante a consideração de Ferrajoli (2000 apud GRECO, 2016, p. 09 e 10):

A sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, senão sujeição a lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas.

Faz-se mister, ainda, conhecer o ensino do mestre Silva (2012, p. 45 e 46, grifo do autor, grifo nosso) :

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição [. . .] Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, **a lei suprema do Estado**, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [. . .] Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas impositivas daquela lei fundamental [. . .] Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Uma norma ou mesmo uma decisão judicial, portanto, carece de congruência com o texto expresso da Constituição, pois ela simboliza não somente a estrutura do Estado, como também a vontade soberana de seu povo, já aqui citando o texto constitucional em seu artigo 1º, parágrafo único, que consagra que “Todo poder emana do povo[. . .]”(BRASIL, 1988). Não caberá, destarte, uma lei no ordenamento jurídico ou uma decisão, no âmbito judicial ou administrativo, que se oponha a égide constitucional, devendo, de fato, qualquer matéria ser interpretada sob a luz do texto fundamental.

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação, [. . .] o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional [. . .] (COELHO, 2004, p. 22 e 23).

Nesse mesmo diapasão:

A norma não constitucional, ou inferior, somente se torna válida na medida em que é feita em estrita obediência ao procedimento legislativo que lhe é adequado e que, também, preserva o fundamento básico da supremacia das normas constitucionais que não admite a existência de normas jurídicas conflitantes. (MASCARENHAS, 2008, p. 25).

As manifestações legislativas, jurídicas e mesmo administrativas devem, como já citado, ser validadas sob o crivo constitucional, isso ocorre no Brasil sob a forma de controle de constitucionalidade, o que garante que qualquer norma ou ato não nasça contra a vontade da Lei Fundamental, e ainda que haja, não frutifique, e se frutificar, que sejam descartados seus frutos em razão da contaminação da árvore originária, pois desde o início sua existência não era desejada pela vontade soberana do povo, cujo espírito, em verdade, inspirou o texto constitucional.

Os doutrinadores costumam dividir a análise de constitucionalidade sob aspectos diversos, porém, não nos cabe nesse momento esmiuçá-los, posto que a simples compreensão de que as normas infraconstitucionais, bem como as decisões judiciais e administrativas, devem estar em harmonia com a Constituição já é suficiente para os objetivos deste trabalho, pois o que buscamos é demonstrar a supremacia do que está sobre o manto protetor da Lei Maior. Em momento propício demonstraremos, para fins de conclusão deste, que há inclusive certa hierarquia dentro do próprio texto constitucional, que confere maior proteção a determinados direitos e garantias.

A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais. (MORAES, 2016, p. 1120).

Ainda sobre o controle de constitucionalidade, anotamos que:

Trata-se do conjunto de mecanismos dispostos para garantir a supremacia constitucional por meio da identificação e eventual reparação de condutas incompatíveis a determinadas normas constitucionais.

Embora governantes e governados devam obediência à Constituição, a supremacia das normas constitucionais pouco adiantaria sem que houvesse o controle quanto aos atos que a desafiassem. É por meio do controle de constitucionalidade, portanto, que se assegura a prevalência da Constituição em face de atos inconstitucionais. No controle de constitucionalidade, verifica-se a compatibilidade de um ato em face da Constituição, para posteriormente, se for o caso, declarar a inconstitucionalidade desse ato, com as consequências daí advindas conforme as regras previstas em cada sistema jurídico. (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p. 118).

Para conclusão deste capítulo nos valem do brilhante ensino do Ministro Barroso (2010, p. 316):

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

4 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

É compreensível que em um país em processo de redemocratização, após décadas de regimes autoritários, a Constituição tenha sobremaneira característica protetora em relação aos direitos fundamentais. Diversos dispositivos trazem marcas do distanciamento desejado pelo povo do período conturbado que antecedeu a constituinte, principalmente, os que tutelam a liberdade e as garantias processuais, notoriamente em razão das graves violações sofridas durante o regime militar. Prisões ilegais, execuções seguidas de ocultação de cadáver, são apenas alguns exemplares da profanação de direitos sofrida pelo povo brasileiro durante esse período de horror.

Entre as décadas de 1960 e 1980, os opositores políticos ao regime militar — nos seus mais diversos matizes — enfrentaram as forças tremendamente superiores e melhor organizadas da ditadura. Forças que não hesitavam em usar todas as armas — a prisão arbitrária, o assassinato, a tortura, o banimento — contra aqueles que as desafiavam. Nesse contexto, a morte, a prisão, a clandestinidade e/ou o exílio tornaram-se os destinos quase certos dos militantes políticos envolvidos em movimentos de resistência à ditadura. A vida na prisão foi marcada pelas mais diversas formas de tortura (incluindo a psicológica, usada para desestabilizar o preso político), sequestros, ameaças, interrogatórios infundáveis, dificuldade de comunicação com familiares e advogados, entre outras modalidades de desrespeito aos direitos humanos. (ARAUJO; SILVA; SANTOS, 2013, p. 23).

Nos valem, ainda, do texto constitucional para demonstrar tal proteção:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, preâmbulo, grifo nosso)

Nosso objetivo, porém, exige que façamos uma análise pormenorizada apenas dos direitos fundamentais ligados ao direito penal e processual penal, com particular apreço ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa e, com maior entusiasmo, à presunção de inocência.

4.1 DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A legislação penal brasileira segue o princípio da legalidade estrita, não há que se falar em crime sem que a conduta esteja previamente definida em lei, mas mesmo que haja crime, a imputação penal somente é admissível através de uma série de requisitos procedimentais que levem a convicção jurídica da culpabilidade do agente e do necessário juízo de reprovabilidade, o que se denomina processo. O que se busca então é a garantia contra o arbítrio ilimitado do Estado, que deverá observar os requisitos processuais, mas também a razoabilidade destes com fins a ampla garantia dos direitos inerentes à liberdade da pessoa humana, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LIV da Constituição de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988). Notamos então que a supressão de direitos, desde que admissível, deve, imperativamente, decorrer de um processo jurisdicional do Estado, no qual se garanta todos os meios de defesa e prova, o que deriva do direito anglo-americano, *due process of law*.

4

O princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 deve ser associado à cláusula *due process of law* do Direito anglo-americano. Essa cláusula tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta, art. 39, onde promete o rei que “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”. Cláusula semelhante, empregando já a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III, e da tradição do Direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegando à Constituição americana, Emenda 5ª.

Impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar. Dentro do espírito do Direito anglo-americano, essa cláusula implica o controle pelos órgãos judiciários e pelos processos previstos pela *Common Law*. Com isso, o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 634).

Por oportuno, tem-se que ao princípio do devido processo é atribuído a grande responsabilidade de um super princípio, haja vista que sobre ele repousam diversos princípios asseguradores da persecução penal. Na linha desse entendimento, tem-se o raciocínio de Tourinho Filho (2005, p. 26):

O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência,

⁴ Originado do termo do Direito inglês *law of the land*, direito da terra, se desenvolveu no Direito americano e evoluiu para *due process of law*, ou devido processo legal.

duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição de reformatio in pejus, respeito à coisa julgada (ne bis in idem), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade.

Cabe anotar que há uma íntima relação entre o devido processo legal e o princípio da legalidade, visto que aquele está inserido neste, pois, de fato, só há que se falar em devido se o processo for legal, o que entendemos como garantia positivada sob processo legislativo válido. Tudo sempre pautado sobre o crivo da dignidade da pessoa humana, direito individual mor que orienta e serve de fonte para os demais. Também está claro que os demais princípios processuais penais que abordaremos em seguida, o contraditório e ampla defesa e a presunção de inocência, só fazem sentido dentro de um processo logicamente ancorado na legalidade.

O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal. Associados, os princípios constitucionais da dignidade humana e do devido processo legal entabulam a regência dos demais, conferindo-lhes unidade e coerência. (NUCCI, 2016, p. 19).

Nesse mesmo intento.

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. Sub specie juris, não existe crime “sem lei anterior que o defina”, nem pena “sem prévia cominação legal”. Nulem crimem, nulla poena sine proevia lege poenali. A lei penal, é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais do direito”, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-criminal), só uma lei (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do nimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parti objecti e parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstrato pela lei, o agente não deve contas à justiça

repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera a licitude jurídico-penal. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1976, p. 21, grifo do autor)

É fundamental nesse momento trazer à baila o ensino do processualista Didier Junior (2015, p. 63), para quem o devido processo legal é tridimensional, possuindo aplicações no processo legislativo, administrativo e na tutela jurisdicional, sendo imperativa sua observância, portanto, no procedimento de elaboração de leis, na prática dos atos administrativos e na solução de conflitos no âmbito judicial:

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legislativo, devido processo administrativo e devido processo jurisdicional.

Hodiernamente, a doutrina tem, ainda, pendido para outros aspectos de classificação para fins de estudo do devido processo legal. O conceito e diferenciação entre devido processo legal formal e devido processo legal substancial tem ganhado espaço gradual no meio doutrinário e jurisdicional. O formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão tomada pelo próprio gênero, devido processo legal. A inovação está por conta do devido processo legal substancial ou substantivo, nascido nos Estados Unidos da América, que postula que um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais, devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas, aqui se aproximando bastante dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem que haja, porém, anulação entre eles.

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, **processual**, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (**procedural due process**); a segunda, **material**, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (**substantive due process of law**).

Portanto, não basta só a boa preleção das normas. É também imprescindível um adequado instrumento para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (**judicial process**). Como indica Tucci, o **substantive due process of law** reclama “um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade”. O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do

Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do **jus libertatis**. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 134, grifo do autor).

No que se refere ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, vemos uma amplitude de nuances na aplicação do devido processo legal substantivo, mas sempre almejando um alcance da garantia constitucional superior à mera formalidade.

Segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de 'leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão', passando pela exigência 'de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade ('reasonableness') e de racionalidade ('rationality'), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir', até a necessidade de 'perquirir-se (. . .) se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)'. (MATTOS, 2009, p. 97, grifo do autor).

Na esfera penal, cremos, que mais delicada é a empreitada, posto que a violação do devido processo legal em qualquer mínima situação terá efeitos profundos sobre bem de extremo valor e proteção no arcabouço constitucional, a liberdade, necessitando de análise pormenorizada.

Será de grande valia a análise do aspecto penal em particular para consecução dos fins pretendidos por esse trabalho acadêmico, visto não ser pertinente ao mesmo uma varredura completa por todos os largos caminhos que constituem devido processo legal, pois, de fato, o objeto, não o percamos de vista, é a análise de determinado julgado penal da Suprema Corte sob a luz das garantias penais e processuais penais seguradas na Constituição de 1988.

Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação da certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que possam os interessados (autor e réu) participar intensamente de todas as questões debatidas, e, mais que isso, em que a atividade defensiva seja a mais ampla possível (daí, e não por outra razão, falar-se em ampla defesa). (OLIVEIRA, 2014, p. 34).

Com efeito, o devido processo legal é coluna onde se ligam todas as vértebras principiológicas do direito garantista, tendo sobremaneira função estrutural para o funcionamento combinado dos demais, por esse motivo, assumiu uma amplitude não experimentada por qualquer outro princípio processual, bem como significado único ao atuar como um postulado que exprime uma série de outras garantias, por esse motivo o devido processo legal é considerado o reitor de todo o arcabouço jurídico-processual e a razão para a existência de todas as demais garantias. Contemplando e resumindo perfeitamente nosso objetivo quando da análise desse princípio basilar para aplicação da lei penal no ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso e suficiente para os fins aqui pretendidos conhecer as considerações de Nucci (2015, p. 55) em seu tratado sobre o assunto:

O devido processo legal, portanto, possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se 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. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.

[. . .]

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal.

4.2 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Trata-se de decorrência direta do devido processo legal, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988)

O contraditório e a ampla defesa têm sua abrangência no meio processual, especialmente no ramo do direito probatório, que se manifesta na medida que os litigantes requerem e participam na produção de provas, bem como quando se

pronunciam a respeito de seu resultado, sendo, porém, inaplicável nos procedimentos inquisitivos e investigatórios, como exemplo, no inquérito policial, exatamente por esse motivo a doutrina majoritária não considera prova os elementos indicativos de autoria e materialidade colhidos nessa fase.

A nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir ao magistrado que forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calcado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção da prova. Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, as partes têm o direito de participar da colheita da prova, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício. Além disso, veda-se a produção de provas ilícitas, hoje preceito expressamente contemplado pela nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei 11.690/2008. Por isso, estabelece-se, como regra, dever o julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente a **prova produzida em juízo**, sob o crivo do contraditório. (NUCCI, 2016, p. 239, grifo nosso).

O contraditório, garantia fundamental da justiça, essencial no processo penal, onde a efetiva contrariedade à acusação é imperativa para aplicação da justiça, pois o réu tem o direito de conhecer a acusação a ele imputada e de contrariá-la, de modo a evitar que venha a ser condenado sem ser ouvido. A doutrina moderna assevera que o contraditório não é exercido somente com a ciência e a oportunidade de defesa, mas que se trata, em realidade, de oferecer o direito de rechaçar o intento contrário com o mesmo furor, havendo total equilíbrio entre as partes.

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (par conditio ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2015, p. 49).

De fato, o contraditório, mais do que constituir o direito à informação de qualquer ato ocorrido no processo e a faculdade de reação pelas partes, também tem o condão de garantir que a oportunidade de resposta se realize na mesma intensidade e extensão,

seja de que lado dos polos da relação processual que provenha. Na área criminal, esse entendimento ganha nuances ainda mais acentuadas, conforme disciplina Tucci (2009, p. 45):

Por certo que não se satisfaz a jurisdição penal, como ocorre no âmbito da civil, com a simples possibilidade de contraditório, ou seja, com o chamamento do réu a juízo, para se, de seu desejo, responder aos termos do pedido formulado pelo autor e acompanhar a tramitação do procedimento até final, ao ensejo da formação da coisa julgada.

Bem ao reverso, reclama o processo penal de conhecimento, especialmente o de caráter condenatório, na segunda fase da *persecutio criminis* - da ação penal, ou da instrução criminal -, o contraditório efetivo, real, a fim de perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, ou atingível, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado.

Urge ressaltar, por fim, que, como qualquer outra garantia, não possui caráter absoluto, haja vista a existência de situações que, *prima facie*, o contraditório não poderá ser observado, a exemplo do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas (Lei no 9.296/96), bem como nos pedidos de quebra de sigilo bancário, fato que o conhecimento por parte do indiciado tornaria inviável a investigação. Todavia, a oportunidade de conhecimento da medida apuratória e dos elementos indicativos de autoria e materialidade colhidos, assim como a possibilidade de contestação e produção de provas serão garantidos em momento posterior.

No que toca à ampla defesa, entende-se como garantia assegurada ao réu de condições que lhe permitam juntar ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário. Cumpre ressaltar que é um direito do acusado, em um processo judicial, o exercício do direito de defesa, que inclui o direito de audiência, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio, a autodefesa e a defesa técnica. Anotando que a autodefesa é faculdade para o acusado, embora obrigatória sua oportunização, diferente da defesa técnica que é obrigatória, independente da vontade do acusado, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” (BRASIL, 1941).

O objetivo maior é amparar o acusado frente a força superior do Estado, permitindo o equilíbrio na relação processual, conforme ensina Nucci (2016, p. 20, grifo do autor):

Princípio da ampla defesa: significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV.

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

É relevante anotar que ao Estado cabe o dever de oferecer a todo o acusado as devidas condições de defesa, bem como facilitar o acesso à justiça, além de prestar assistência jurídica, integral e gratuita aos que não tem condições de prover com o próprio recurso, preservando a paridade na relação processual. A ordem dos atos processuais evidencia também ampla defesa.

Desta garantia inserta ao texto constitucional outras decorrem e estão previstas na própria Carta Magna, como o dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV), ou na legislação infraconstitucional, como a ordem estabelecida para a prática dos atos processuais, garantindo-se à defesa manifestar-se sempre após a acusação (v.g., arts. 402, 403 e 534, todos do CPP). (AVENA, 2017, p. 55).

Assim como o contraditório, na ampla defesa também não há absoluta garantia, pois não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais. A situação deverá ser avaliada no caso concreto para se valorar a garantia ou a mitigação desta.

Para os fins pretendidos, entendemos suficiente a análise feita dos princípios do devido processo legal, bem como os dele decorrentes relativos ao contraditório e ampla defesa. Partimos então para a apreciação do princípio fundamental para a conclusão deste estudo: o princípio da presunção de inocência.

4.3 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência ou presunção da não culpabilidade remete ao Direito Romano, tendo, no entanto, sido relegado pelas práticas inquisitórias da Idade Média e maculado pelos governos autoritários por todo o mundo, só regressando ao seu lugar fundamental após o Iluminismo e Revolução Francesa, quando a liberdade primitiva do indivíduo voltou a ter força par ao Estado, reconhecendo à pessoa humana o status quo de inocente. A culpa só pode ser reconhecida mediante processo judicial com garantia do contraditório e ampla defesa.

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.” Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (LIMA, 2015, p. 43).

O Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos - e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, promulgados respectivamente por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, mas a vinculação aos seus preceitos não se resume a simples compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, pois a Constituição Federal, em seu artigo 3º, §2º, atribuiu a esses tratados hierarquia de norma constitucional.

Não obstante o direito fundamental relativo à presunção de inocência pudesse ser invocado pelos tratados internacionais, como visto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o previu expressamente, em seu artigo 5º, inciso LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.(BRASIL, 1988).

Leciona Tucci (2009, p. 313) a respeito da garantia constitucional que “sem a necessária certeza de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, que só se concretiza com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há como considerá-lo culpado.”

Destarte, constata-se, *prima facie*, que o *jus puniendi* estatal, fica restrito ao processo, salvo as possibilidades de aplicação das medidas cautelares, pois, considerando o estado de inocência da pessoa, a sua prisão só seria cabível após o trânsito em julgado, caso contrário, estaria, dessa forma, diante de uma pena antecipada.

A responsabilização do acusado pelo fato que lhe foi imputado, ainda que provisoriamente, deve observar, em razão do princípio da presunção de inocência,

a efetiva necessidade da medida constritiva, uma vez que o Estado não possui o título definitivo da sentença condenatória. Desta forma, a prisão do acusado antes da sentença definitiva, só deverá ocorrer se comprovado a real necessidade e preenchidos os requisitos da prisão preventiva, disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

O fundamento do princípio está na proibição do excesso, que em outras palavras significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. O cumprimento da pena, a perda da primariedade, a execução civil da condenação, todos pressupõem o trânsito em julgado da decisão condenatória. De outro lado, é importante salientar que quando se instaura uma ação penal contra alguém, da mesma forma quando se decreta a prisão cautelar, há um ataque à inocência, com a presunção de culpabilidade e de responsabilidade pelo fato imputado. No entanto, tudo fica na esfera da “incerteza da inocência” até a sentença final, já que se trata de uma afirmação provisória de culpabilidade. Essa afirmação provisória de culpabilidade é absolutamente necessária, pois do contrário a excessiva e irrestrita observância do princípio esvaziaria o poder estatal de tutelar a coletividade por meio dos institutos da ação penal e da prisão cautelar, proteção essa que também possui proteção constitucional. (BECHARA; CAMPOS, 2005).

A constatação da ocorrência do fato delituoso para a posterior imposição da sanção é atividade confiada exclusivamente ao Poder Judiciário justamente para se afastar a parcialidade inerente às partes envolvidas no conflito, sendo assim, restaria sem sentido que este órgão julgador considerasse o acusado de outra forma senão como inocente, situação que somente pode ser modificada pelo seu pronunciamento final e definitivo.

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) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2015, p. 43).

A submissão à jurisdição afasta a atuação da justiça privada, claramente brutal e desigual, condicionando a aplicação da sanção penal à efetiva comprovação do cometimento da conduta descrita como crime perante o órgão julgador, o que, quando acompanhada da garantia da presunção de inocência, traz segurança social, pois previne a ocorrência de sentenças arbitrárias. Garantir o status quo de inocente ao indivíduo até a última instância julgadora é princípio de legitimidade do Estado perante seu povo, pois, de fato, este lhe impôs tal tarefa quando a gravou com pena de ferro na

Constituição. Sem tal atuação a jurisdição estaria fragilizada e com ela todo o equilíbrio jurídico estatal.

Se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 441, grifo do autor).

Assim, o princípio da presunção de inocência orienta o garantismo pena, bem como todo o sistema acusatório, na medida que se impõe ao Estado-juiz o ônus de provar a culpa do acusado, jamais o contrário, pois não cabe o sistema inquisitório no processo penal brasileiro. Além disso, ao sentenciar, o Juiz, deve certificar-se em absoluto da autoria do ato ilícito penal perseguido, pois no caso de dúvidas, deverá absolver o réu, conforme o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, que impõe a absolvição no caso de “não existir prova suficiente para a condenação”.(BRASIL, 1941).

Em relação às disposições que devem ser observadas pelos Juízes quando da prolação das sentenças penais, ensina (BINDER, 2003, p. 88):

Construir com certeza a culpabilidade significa destruir, sem deixar dúvidas, a situação fundamental de liberdade da pessoa acusada. Se não houver este grau de certeza, não se poderá chegar à decisão da culpabilidade. Este é o princípio do favor rei, comumente mencionado como *in dubio pro reo*. De acordo com ele, a situação básica de liberdade deve ser destruída mediante uma certeza, caso contrário permanece o status básico de liberdade.

Com isso, se o acusado, em razão da presunção de inocência, deve ser considerado inocente durante toda a persecução penal, inclusive durante a realização do inquérito policial, é crível que seja dirigida ao juiz uma regra de interpretação especialmente relacionada ao momento da sentença: a de que, havendo dúvida, absolverá o réu, trata-se do favor libertatis, princípio afeto a presunção de inocência e que se baseia na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o jus puniedi do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o

direito de liberdade, deve o mencionado princípio orientar, inclusive, as regras de interpretação, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado.

Ressalta-se, porém, conforme preleciona Nucci (2015, p. 305), que há limite para a presunção de inocência, pois a partir do trânsito em julgado já é possível reconhecer o status de culpado do réu:

A garantia do estado de inocência, para cada situação concretamente julgada, possui um limite, fixado, como regra, no trânsito em julgado da decisão condenatória. Após esse marco, passa-se a considerar o réu culpado da prática do crime e não mais o favorece o benefício da dúvida, conforme a fase processual atingida.

Eis que o estado natural do indivíduo, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, é a inocência e não a culpa, portanto, a busca pelo estado excepcional é ônus do Estado. O principal aspecto, por certo, é a atribuição do ônus probatório ao Estado, mas a presunção de inocência gera efeitos reflexos, tais como os a seguir expostos na jurisprudência do STF e STJ. Assim, o estado de inocência deve ser considerado para todos os âmbitos da vida do acusado, não podendo haver prejuízo qualquer antes do trânsito em julgado, e mesmo após este continuará a ser presumidamente inocente em relação a qualquer outro delito suspeito.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória não podem ser considerados como maus antecedentes a fim de restringir direitos, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 2014).

Do mesmo modo:

Esta Corte Superior tem entendido que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, má conduta social ou de personalidade negativa, inquéritos ainda não encerrados, ações penais que foram arquivadas ou trancadas, em que o acusado foi absolvido ou que ainda estejam em andamento. (BRASIL, 2010b).

Saliente-se, por fim, que em decorrência da presunção de inocência, o réu é considerado inocente durante o inquérito policial e o processo penal, e assim deverá ser tratado. A persecução penal gera enorme constrangimento ao indivíduo perante a sociedade e grande impacto no meio familiar, devendo, por isso, ser aplicadas apenas as medidas imprescindíveis ao desenvolvimento do processo. Ademais, considerando

a precariedade do sistema prisional brasileiro e a teoria do labelling approach⁵, que trata da seletividade exercida pelos órgãos responsáveis pela persecução penal, a presunção da inocência do acusado mostra-se ainda mais significativa para a efetivação dos direitos fundamentais desejada pelo Estado Democrático de Direito.

5 A teoria do labelling approach (interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou reação social) é uma das mais importantes teorias de conflito. Surgida nos anos 1960, nos Estados Unidos, seus principais expoentes foram Erving Goffman e Howard Becker. Por meio dessa teoria ou enfoque, a criminalidade não é uma qualidade da conduta humana, mas a consequência de um processo em que se atribui tal “qualidade” (estigmatização). (PENTEADO FILHO, 2012, p. 68, grifo do autor).

5 DOS RECURSOS EM GERAL E DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Quando já bem analisados os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e por último o princípio da presunção de inocência, fica evidente que é facultado ao acusado em processo penal toda sorte de meios para que mantenha sua condição de inocência, devendo o Estado comprovar o contrário. Por fim, após longo caminho processual exsurge o momento em que o juízo competente prolate sua sentença decisória, que, mesmo com toda a diligência e imparcialidade que se espera do magistrado, pode conter falhas, seja pela aplicação da norma ao caso concreto, seja pela apreciação incorreta de provas, ou, até mesmo, pela má fé do julgador.

Assim, o conceito de recurso vincula-se à ideia de ser um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 778).

Nesse intento é preciso fornecer meios para aquele que se julgue prejudicado atacar a decisão com a qual não se conforme, os recursos têm esse condão, de minimamente oferecer a esperança de reforma da decisão contrária. Além disso, também há notório interesse do próprio Estado em ter uma decisão equânime, preservando a ordem social contra a injustiça; a necessidade de aperfeiçoamento constante do conhecimento jurídico acaba, mesmo que indiretamente, sendo também justificativa para os recursos.

A doutrina aponta três fundamentos que justificam a existência de recursos contra decisões judiciais em um sistema jurídico: 1.º) o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse; 2.º) o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente; e 3.º) em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal. (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 20).

O resultado satisfatório não deve ser o único fim buscado pelo processo, as partes, de fato, têm expectativas e esperanças de sagrar-se exitosa na ação, sendo, nesse ponto, o sistema recursal um profundo amparo psicológico para elas. No mais, a possibilidade de impugnação das decisões judiciais decorre do respeito aos princípios inseridos no ordenamento jurídico, com maior força à dignidade da pessoa humana, ao devido processo legal e ampla defesa.

Trata-se de garantia individual, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas, sim, submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior [. . .] Não é demais lembrar, ainda, o disposto no art. 5º, LV, da Constituição, no sentido de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifamos), o que evidencia a importância da existência de recursos para o livre e pleno exercício da defesa de réus em processos em geral, especialmente na órbita criminal. (NUCCI, 2016, p. 699)

Para LOPES JUNIOR, op. cit., p. 782, o sistema recursal brasileiro se divide em dois grupos, recursos ordinários e extraordinários⁶:

Recursos ordinários: são aqueles que têm por objeto provocar um novo exame (total ou parcial) do caso penal já decidido em primeira instância, por um órgão superior (ad quem), alcançando tanto as matérias de direito como também fáticas, com possibilidade de decisão sobre a determinação dos fatos, sua tipicidade, a prova, dosimetria da pena etc. Exemplo típico de recurso ordinário é a apelação, do art. 593 do CPP. Recursos extraordinários: onde os tribunais superiores entram no exame, unicamente, da aplicação da norma jurídica efetuada pelo órgão inferior, sendo assim um juízo limitado ao aspecto jurídico da decisão impugnada. Em última análise, limitam a discussão a questões de direito, expressamente previstas em lei. São exemplos o recurso especial (art. 105, III, da Constituição) e o recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição).

Seguindo o ensino do ilustre mestre verificamos que nosso alvo neste trabalho deve ser os recursos extraordinários, por serem de extrema relevância para a discussão que envolve a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, pois são recursos destinados a tribunais superiores após reexame fático e de direito pelos Tribunais de Justiça, não tendo cunho de analisar fatos e provas, conforme dispõem as Súmulas nº 07 do STJ⁷ e súmula nº 279 do STF⁸, mas apenas em matérias de direito específicas.

O professor Muccio (2012, p. 1045) bem expressa a importância do gênero recurso extraordinário quando afirma que “o regime federativo reclama recursos dessa índole”, trazendo a vocação da espécie extraordinário, “a Constituição é uma só e deve ser observada pela União e pelos Estados que integram a federação”, bem

⁶ Extraordinário aqui é tomado como gênero do qual são espécies o Recurso Extraordinário e o

⁷ Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”(BRASIL, 1990)

⁸ Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (BRASIL, 1963)

como a função do especial, “em decorrência da soberania da União, as leis federais são obrigatórias em todo o território da República e reclamam a intervenção de um Tribunal Federal que lhes garantam a supremacia sempre que forem desobedecidas ou atacadas pela magistratura dos Estados”.

O recurso extraordinário, de acordo com o artigo 102, III, a, b e c, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal que julgará, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e 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. (BRASIL, 1988).

Já o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, III, a, b e c, da Constituição Federal, refere-se ao julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, 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; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

Afastar a matéria objeto desses recursos da análise dos fatos, da própria avaliação das provas, se dá em razão da natureza e destinação dos recursos extraordinários, qual seja assegurar a autoridade e a uniformidade na aplicação e interpretação da Constituição e das leis federais. Se de outro modo fosse, os recursos extraordinários se tornariam uma terceira instância recursal. Porém, preleciona Lopes Junior (2016, p. 863) que “essa limitação deve ser bem compreendida, pois o que se veda é a rediscussão da axiologia da prova em relação ao caso penal, mas não o regime legal das provas”. E de contínuo discerne as questões de fato das de direito, afirmando que no campo penal “a violação de regras processuais atinentes à prova, dos princípios das provas, a utilização de prova ilícita, a prova ilícita por derivação, a atribuição de carga probatória ao réu, enfim, as questões legais acerca da prova, são passíveis de recurso especial”.

No que tange aos efeitos, os recursos especial e extraordinário possuem de forma espontânea o devolutivo, o suspensivo depende de requerimento específico, na dicção do artigo 1.029, §5º do Código de Processo Civil: “o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento[. . .]”. (BRASIL, 2015b).

Ocorre que não podemos perder de vista que a garantia primordial que analisamos nesse trabalho é a liberdade, como e em quais situações pode ser ela mitigada. Então, é fundamental anotar que o direito penal é ramo autônomo das

ciências jurídicas e que não admite analogia in malam partem, assim, não admitindo, sobre tudo em matéria de tão grande relevância, a ingerência de outros ramos do direito.

Desta forma, considerando o princípio do favor libertatis e o estado de inocência, cremos que a questão do efeito suspensivo dos recursos extraordinários deve ser vista sob outra ótica, a da possibilidade de prejuízo irreparável ao inocente, que justifica, sem dúvidas, o efeito suspensivo, pois, por si só, já constitui suficiente motivo, prescindindo qualquer requerimento expresse.

Em face do exposto, pode-se afirmar, ainda, que, ocorrendo antes da formação da coisa julgada e não significando a instauração de nova relação processual, bem como objetivando através de pronunciamento judicial superior a reforma de decisão de instância inferior, os recursos extraordinários possuem pressupostos caracterizadores de recursos. Não é possível, portanto, admitir que sendo recurso não possam ser utilizados pelo réu como forma de reverter sua situação e garantir sua liberdade.

Não é pertinente, porém, nesse momento, nos aprofundarmos na matéria recursal, pois a análise minuciosa dos aspectos inerentes aos recursos extraordinários ultrapassa em muito os limites impostos pela natureza deste trabalho, visto que para sua consecução serão suficientes as nuances acima ressaltadas.

6 A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO PENAL E ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP

Feitas as devidas considerações a respeito de toda a evolução histórica do Direito Penal; compreendidos os fenômenos antropológicos e sociais que cunharam na civilização contemporânea a imperativa importância dos direitos e garantias fundamentais sob a primazia da dignidade da pessoa humana; verificado à minúcia a forma com que os supraditos direitos se ancoram no texto constitucional da república federativa brasileira; passamos à análise do tema central deste trabalho, qual seja verificar se a execução provisória da sentença penal privativa de liberdade é congruente com o regime jurídico nacional.

Deveras, não sobrevém dúvida sobre o estado de inocência vigente no ordenamento jurídico brasileiro, ocorre que, de início, é imperioso analisar o termo desse status de inocente, pois há uma pretensão de justiça por parte da vítima e uma obrigação do Estado, pois é seu dever garantir a segurança pública. A dicção do já mencionado texto constitucional não permite dúvida ao asseverar que a presunção de não culpabilidade se estende “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Com a sentença o juiz esgota sua atividade jurisdicional e, uma vez publicada, não pode mais alterá-la, salvo para corrigir erro material, ou por via de embargos declaratórios ou ainda por recurso que permita juízo de retratação.

Não obstante, havendo recurso, outro órgão jurisdicional poderá anular ou reformar a sentença. Porém, uma vez transcorrido o prazo recursal sem interposição de qualquer recurso, ou tendo havido o esgotamento das vias recursais face ao manejo dos recursos cabíveis, a sentença não mais poderá ser alterada, seja pelo mesmo órgão que a prolatou, seja por qualquer outro órgão.

A esse fenômeno dá-se o nome de coisa julgada. A coisa julgada é a qualidade que se reveste a sentença tomando-a indiscutível e, por isso, imutável. (NICOLITT, 2014, p. 853, grifo do autor).

Complementando de forma sucinta, leciona Capez (2012, p. 488) que “a coisa julgada nada mais é do que uma qualidade dos efeitos da decisão final, marcada pela imutabilidade e irrecorribilidade”, nos levando a crer que, a contrário sensu, enquanto não houver trânsito em julgado há, ainda, expectativa em reverter a decisão condenatória e, portanto, não se poderia aplicar ao réu a prisão na modalidade pena, restando tão somente a preventiva nos limites expressamente previstos no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, como “garantia da ordem pública, da ordem

econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”. (BRASIL, 1941).

O que se constata, portanto, é que a coisa julgada está relacionada à inércia das partes, que deixam transcorrer in albis o prazo para interposição de recurso, ou ao esgotamento das vias recursais disponíveis. Com atenção ao momento processual objeto deste trabalho, quando da decisão de segunda instância podem ser interpostos recursos extraordinários, é imperioso determinar quando a condenação se tornará imutável. Para tal, esclarece Carvalho (2009, p. 12) que “só irá ocorrer com o conhecimento e a rejeição do recurso extraordinário e o recurso especial, com sua não interposição, ou com o julgamento e a rejeição do agravo⁹ interposto para o recebimento dos referidos recursos.”

Assevera-se então que, nesta fase do processo penal, se interposto algum dos recursos extraordinários, o trânsito em julgado da decisão ocorrerá tão somente após o respectivo conhecimento e desprovimento do recurso ou, no caso de inadmissibilidade, após a rejeição do recurso interposto contra ela. Assim, fica demonstrado que a expressão “até o trânsito em julgado” no texto constitucional traz limites interpretativos intransponíveis, impossibilitando a execução da prisão da modalidade pena do condenado enquanto a decisão não for definitiva em razão da interposição de recurso, ainda que este for desprovido de efeito suspensivo, caso contrário, poderíamos estar interpretando a norma ou seu alcance em prejuízo do réu, o que segundo ensina Bitencourt (2012, p. 2003) não é possível, pois:

O direito penal material não admite interpretação extensiva, especialmente para agravar a situação do acusado. Na realidade, esse entendimento ampliativo está fazendo não apenas uma interpretação extensiva, mas analogia in malam partem, inadmissível em direito penal material.

Por oportuno, é de grande valia conhecer o estudo de Nucci (2015, p. 92, grifo do autor) sobre a vedação da analogia no processo penal in malam partem:

É certo que princípios não são absolutos e devem harmonizar-se com outros. Eis o fundamento pelo qual se pode admitir o uso da analogia em favor do réu (in bonam partem), mas não se deve aceitar a analogia em prejuízo do acusado (in malam partem). Por que se poderia tolerar

9 O autor quando cita “agravo de instrumento” faz referência a sistemática recursal revogada da Lei 8.038/90 que previa um juízo de admissibilidade dividido entre o Tribunal de Justiça e Tribunal superior. O Código de Processo Civil de 2015 prevê em seu artigo 1.042 que não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 15 (quinze) dias, para o tribunal respectivo. A conclusão acima não se perde porém, pois apenas a análise da admissibilidade ficou restrita aos Tribunais Superiores, continuando a mesma essência: inadmitido o recurso, o trânsito em julgado somente ocorrerá quando o recurso cabível contra esta decisão for rejeitado. (BRASIL, 1990; BRASIL, 2015b)

uma forma de ranhura na legalidade, mas não outra? Há integração de princípios e metas constitucionais para a resposta a tal indagação. Em primeiro plano, ressalte-se a finalidade de existência dos direitos e garantias fundamentais, qual seja a de proteger o indivíduo contra os eventuais abusos e excessos do Estado. Logo, a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta, de 1215 – é a constituição de um escudo protetor contra a prepotência do soberano (ou simplesmente, Estado, na modernidade). Em segundo lugar, em processo penal, cultua-se a prevalência do interesse do réu, estampada nos princípios da presunção de inocência e da inviabilidade de exigência da autoacusação. Ora, considerando-se a legalidade uma proteção individual, além de se buscar, sempre, a prevalência do interesse do réu, a lacuna, quando existente em matéria penal, deve ser resolvida com o propósito de beneficiar o acusado – jamais para prejudicá-lo.

Interpretando o artigo 5º, inciso LVII da constituição de 1988, Tucci (2009, p. 317) complementa o entendimento da robustez do direito ali consagrado:

Deve ser aduzido, em lógica sequência, e por oportuno, que o texto de lei, especialmente o constitucional, quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva, ou diversificada: in Claris cessant interpretatio. Somente quando se trate de disposição ambígua ou obscura, propiciante de entendimento duvidoso, toma-se admissível a interpretação extensiva, em favor da liberdade (favor libertatis). Como, particularizando, observa THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, a “garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”. E isso tudo posto, não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada com uma única intenção, qual seja a de favorecer o imputado.

Bem verdade, urge ressaltar, o texto constitucional se revigora com o tempo, os significados morais e a compatibilidade com os aspectos sociais mudam constantemente, o que, de fato, é condizente com própria complexidade inerente ao ser humano, sendo que a estagnação poderia tornar impraticável o contido na Constituição.

Ocorre que não é possível conceder à atividade exegética liberdade sem limites, sob pena de inutilização da literalidade registrada no texto, pois, com efeito, é inegável que o legislador ao redigir o conteúdo da presunção de inocência estendeu seu alcance até o trânsito em julgado. Destarte, considerando a interpretação constitucional sob os princípios da efetividade e da dignidade da pessoa humana, justifica-se a imposição absoluta da presunção de inocência em favor do acusado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção. (MORAES, 2016, p. 71).

Por todo o exposto, é seguro afirmar que o acusado ainda não condenado por decisão definitiva deve ser tratado como inocente, ou seja, como se nunca tivesse sido investigado ou processado. Desse modo, em qualquer momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, qualquer efeito negativo contra o acusado, desde que baseado unicamente na sua culpabilidade em virtude da conduta narrada na denúncia, será incongruente com o direito fundamental à presunção de inocência.

Anote-se, no entanto, que o afirmado não é a impossibilidade de restrição da liberdade antes da formação da coisa julgada, mas tão somente da prisão da modalidade pena, sendo amplamente possível as modalidades de prisão processuais, pois neste caso não se fundamentam na suposta culpa do agente e não objetivam a punição (retribuição pelo delito cometido), mas são apenas instrumentos para realização do processo ou para a garantia dos seus resultados.

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 se sentença definitiva.[. . .]

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for data, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual. (RANGEL, 2016, p. 769).

Colaciona-se, ainda, sobre o tema:

O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional, que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do

réu, evidência de que irá fugir do país etc.). Além disso, o tempo que o indiciado ou réu permanecer cautelarmente na prisão será descontado de sua pena em caso de futura condenação (detração penal). Ibid., p. 422.

É evidente que, para o acusado, os efeitos da prisão antes e depois do trânsito em julgado parecem os mesmos, vista a restrição de sua liberdade em ambos os casos, ocorre, porém, que, dada a valoração incomparável do direito de liberdade, a decretação da prisão processual ou cautelar, deve ser submetida à rigorosa análise e possuir elementos objetivos que a justifiquem, fato que importa em medida excepcional e ainda não há juízo de culpabilidade.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de Inocência encontra efetiva aplicabilidade [. . .] o princípio exerce função relevantíssima; ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (OLIVEIRA, 2011, p. 47, grifo do autor).

Em que pese a natureza cautelar, a prisão processual jamais poderá ser adotada como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação, para Lima (2016, p. 1.136), depende de fundamentação ancorada no *fumus commissi delicti*, “plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito” e no *periculum libertatis*, “compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social.”

Preciso o artigo 283 do Código de Processo Penal ao combinar o contido nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição, pois distinguiu notoriamente a execução da pena, condicionado-a ao trânsito em julgado, da prisão processual, para qual se exige ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente ou flagrante delito, conforme se constata:

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, 1941).

Quanto a polêmica relacionada ao texto do artigo 637 do Código de Processo Penal e sua incompatibilidade com a Constituição, cremos que é perfeitamente resolvida pelo fenômeno da “Recepção” combinado com o princípio da supremacia constitucional, visto que o texto do CPP é anterior a Constituição de 1988. Isso porque, se o referido dispositivo legal dispõe que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo”, é evidente, sem maiores delongas, em razão de tudo o que já foi justificado, a sua incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência e, conseqüentemente, sua não-recepção pela ordem constitucional em vigor. (BRASIL, 1941; BRASIL, 1988).

Preleciona nesse sentido Lenza (2012, p. 199, grifo do autor) que “todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão **revogadas**, por **ausência de recepção**“, e arremata:

nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de **revogação** da lei anterior pela nova Constituição, por falta de **recepção**.

Conforme já discorremos em momento propício, quando falamos dos recursos, entendemos que o artigo do CPC/2015 que trata do efeito suspensivo para os recursos extraordinários não pode ser aplicado indistintamente ao processo penal, sob pena de prejuízo irreparável ao acusado, que detém, em razão do estado de inocência, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, em seu favor todos os mecanismos para garantir sua liberdade.

Notadamente, o respeito ao preceito da presunção de inocência é devido, pois mais que um fenômeno jurídico registrado no corpo de uma Constituição, que, por si só, já lhe atribui força extraordinária, é também uma conquista histórica de toda a humanidade contra a tirania e as absurdas práticas punitivas de sistemas penais arcaicos e falidos.

Após largo estudo sobre todas as nuances que orbitam a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, chegou o momento auspicioso para examinar o julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, segundo o qual ficou consignado 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 LVIII da Constituição Federal.” (BRASIL, 2016)

Para analisar as questões jurídicas nos valem, de início, de breve relato do caso: após o desprovimento de recurso de apelação interposto contra sentença que condenou o paciente à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (artigo 157, §2, incisos I e II do

Código Penal), o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o réu. A defesa técnica impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça (n.º 313.021/SP), ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido liminar, pois considerou descabida a impetração do remédio constitucional uma vez que o decisório do Tribunal a quo seria atacável por outros recursos do processo penal. Além disso, considerou-se não evidenciada a existência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ. A defesa manejou o habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal conheceu da impetração, pois constatou a excepcionalidade gerada pelo claro confronto entre a decisão proferida em segunda instância e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consagrado no julgamento do habeas corpus 84.078/MG de que a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. (BRASIL, 2009).

Anotamos que, até 2009, o STF afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito da decisão condenatória recorrível. Então, após o julgamento do HC 84.078/MG, a Corte Suprema assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado.

Feitas as devidas considerações sumárias, passamos a analisar alguns fundamentos utilizados pelos Ministros do STF para justificarem a decisão objeto de discussão deste trabalho.

Trazemos à baila parte do voto de Teori Zavascki, Ministro relator, para quem a justificativa para a execução antecipada encontra guarita no fato de “os recursos de natureza extraordinária não configurarem desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não configuram recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.”(BRASIL, 2016).

Quando da análise dos recursos extraordinários, no capítulo 5 deste trabalho, nos debruçamos sobre esta questão, pois, muito embora não seja seu objeto a análise fática, são, em verdade, recursos e por esta razão possuem finalidade de proteção ao direito objetivo, no caso do penal, de relevância gigantesca, pois a mera formalidade pode ensejar um prejuízo irreparável ao acusado, inclusive, nesse caso, sendo a própria decisão completamente contrária aos princípios ancorados na Constituição.

Para entender nossa lógica de raciocínio nos valeremos de um exemplo bíblico, vejamos:

Estava ali um homem enfermo havia trinta e oito anos.[. . .]Então, lhe disse Jesus: Levanta-te, toma o teu leito e anda. imediatamente, o homem se viu curado e, tomando o leito, pôs-se a andar. E aquele dia era sábado. Por isso, disseram os judeus ao que fora curado: Hoje é sábado, e não te é lícito carregar o leito. (BIBLIA. . . , 2005, p. 108, João 5:5, grifo nosso).

Alguém que espera justiça, que se vê tolhido, ou na iminência de sê-lo, de algo tão precioso quanto a sua disposição de ir e vir, pode ao acaso deixar de receber aquilo que a Constituição lhe garante pela mera formalidade jurídica? Evidente que não, sob pena de ferir de morte o princípio do favor libertatis. Pois, diga-se com ênfase, que aquele que recorre tem a esperança de ver mudada sua sorte, caso contrário os recursos extraordinários estariam fadados à inutilidade.

Parece-nos, ainda, de profunda discrepância com o direito constitucional garantista, a análise de um fato que envolve a liberdade de um ser humano ser feita sob a ótica processualista civil, anotando que esta é mais protetora aos bens do que está sendo o Tribunal Superior à liberdade; coadunamos, nesse sentido, com o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski, extraído do acórdão preferido no Habeas Corpus 126.292/SP:

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. [. . .] Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas estas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (BRASIL, 2016).

Demonstra-se óbvio o motivo de o legislador constituinte ter garantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que qualquer medida cautelar que por ora atacasse a execução provisória da pena, não resultaria, de qualquer forma, em reversão da situação daquele que fora recluso sendo inocente. De forma que, nos parece, novamente, desarrazoado outro argumento trazido pelo relator, o qual transcrevemos no inteiro teor abaixo:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinário não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Percebe-se claramente que o Ministro Zavascki reporta-se ao acusado como inocente somente até o fim do processo ordinário penal e considera que “a partir

dai” é totalmente possível sua consideração como culpado, visto que é cabível a responsabilização criminal. Ora, não há, pelo largamente comprovado neste trabalho, qualquer dúvida quanto ao termo do estado de inocência do acusado, qual seja o trânsito em julgado, então, mais uma vez, data venia, discordamos por completo da argumentação do relator, pois claramente o marco proposto pelo Ministro é prejudicial ao réu, em total oposição aos princípios do direito penal adotados pelo Brasil.

Da mesma forma, entendemos também descabida a justificativa do Ministro Gilmar Mendes, que se fundamentou na Lei da Ficha Limpa que considera inelegível o condenado por crimes a partir da condenação no Tribunal, posto que o direito penal é ciência autônoma e não pode sofrer qualquer interferência das normas aplicadas ao direito eleitoral, muito embora, cremos que, mesmo nesse caso, há violação do princípio da presunção de inocência, mas, por óbvio, não é este o objeto em comento. (BRASIL, 2010a)

Do voto do Ministro Luis Roberto Barroso acompanhando o relator na denegação do Habeas Corpus 126.292/SP, extraímos que houve uma tentativa de justificar a prisão pela ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial e não pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois assim aduziu:

Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente. (BRASIL, 2016)

Destarte, já bem demonstramos neste capítulo a coexistência pacífica no ordenamento jurídico brasileiro da prisão pena e da prisão cautelar, mas também deixamos claro que não se confundem, pois, em verdade, a própria Constituição faz distinção entre elas quando considera uma como decorrência da confirmação da culpabilidade e a outra como necessária em virtude de motivos extraprocessuais. Parece-nos bastante estranha a lógica que levou o Ministro a deliberar que o acórdão prolatado pelo Tribunal em grau de apelação pode ser considerada como ordem escrita e fundamentada para a prisão, pois em momento algum esse acórdão deliberará sobre

os requisitos da prisão cautelar, estando adstrito à análise do ato recorrido, qual seja a culpabilidade do agente, que só será confirmada, justificando a execução da pena, com a coisa julgada. Caso haja a manifestação no acórdão sobre a prisão cautelar, esta deverá ser justificada comprovadamente pelos requisitos legais obrigatórios, de forma alguma pelo juízo de culpabilidade.

Anotamos, a propósito, que a decisão escrita e fundamentada prevista no texto constitucional, obviamente, tem caráter repelente em relação ao abuso de autoridade e às prisões ilegais, portanto, devem ser interpretada in favor réi.

Ainda em relação às considerações do Ministro Barroso, observamos que, quanto a evolução do texto normativo, afirma que “desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre o texto e a realidade”. Assim, aduz que “dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir uma decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.” (BRASIL, 2016)

Lembramos, nesse momento, que o estado de inocência é uma conquista histórica da humanidade e que, juntamente a dignidade da pessoa humana, não foi colocado aleatoriamente no texto normativo, e que o limite constante no trânsito em julgado é indispensável para assegurar essa conquista contra a tirania do Estado, portanto, é mais que evidente que a antecipação dessa fronteira é prejudicial a toda sociedade, vista sua unicidade, e não cabe “dentro dos limites e possibilidades” constitucionais se forem respeitados, como devem ser, “os valores e direitos fundamentais.” Por conseguinte, as premissas argumentativas do Ministro não sustentam sua conclusão e esbarram em muralha intransponível fortificada sob o alicerce constitucional.

Anotamos, aliás, que, o voto vencido proferido pelo Ministro Marco Aurélio, conforme texto extraído do inteiro teor do acórdão proferido no Habeas Corpus 126.292/SP (BRASIL, 2016), está na mesma linha de raciocínio que utilizamos, pois é implacável ao considerar as garantias constitucionais como impassíveis à interpretação:

Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.

No voto contrário do Ministro Edson Fachin encontramos fundamentos que buscam contrapor direitos para justificar a supressão de algum deles, isso quando afirma que o "princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores" (BRASIL, 2016). Notamos que o Ministro quer culpar o acusado pela morosidade processual, quando na verdade isso ocorre pela letargia do judiciário, não podendo o réu ser responsabilizado pela falta de estrutura do órgão jurisdicional. Além disso, sendo o direito de liberdade e de lutar pela liberdade algo tão solene que já é reconhecido pelo Tribunal Superior que a fuga é algo natural ao que se vê ameaçado, o que dizer daquele que busca de forma recursal retardar o enclausuramento, além de que é uma atitude defensiva e de repúdio ao cárcere.

A fuga é um direito natural dos que se sentem, por isso ou por aquilo, alvo de um ato discrepante da ordem jurídica, pouco importando a improcedência dessa visão. (BRASIL, 2005)

Nos surpreendeu, ainda, o douto Ministro ao afirmar: "igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar "injustiças do caso concreto"."(BRASIL, 2016, grifo do autor). Verdadeiramente, porém, deve ser objetivo de todos reparar a injustiça, sobremaneira para o Guardião da Constituição, portanto, descabida, data venia, a justificativa. Vemos, nesse momento, como oportuno e de grande valia o ensino de Jhering (2012, p. 113, grifo nosso) a respeito a imperativa obrigação de todos lutarem pela justiça no interesse da sociedade:

A lei e a justiça não podem ser vitoriosas em um país simplesmente porque o juiz está sempre pronto no seu banco e porque os agentes policiais estão sempre alerta. Para que eles sejam vitoriosos, cada membro da sociedade deve cooperar com eles. Todos são chamados, e é dever de todos esmagarem o arbítrio e a ilegalidade, onde quer que ela apareça. Todo homem que usufrui da benção da lei deve também fazer a sua parte para manter o poder e o respeito pela lei. Todo homem é um lutador nato pela lei no interesse da sociedade.

Por fim, valendo-nos desta discussão, passemos aos argumentos trazidos pelos Ministros que denegaram a ordem sob suposta falta de efetividade da prestação jurisdicional causada pela presunção de inocência e a consequente sensação de impunidade que isto provoca na sociedade.

Conforme discorremos em momento oportuno, o sistema de garantias constitucionais não desconsidera a necessidade da efetividade jurisdicional, tanto

assim que possibilita a determinação cautelar de prisão, quando por motivos objetivos o acusado livre possa prejudicar o processo.

A execução provisória da pena, por outro lado, relegando a garantia expressa da presunção de inocência, sob pretensa necessidade de garantir maior efetividade à prestação jurisdicional, revela-se, de fato, como um verdadeiro contrassenso, pois a garantia não objetiva tão somente à proteção do indivíduo acusado, mas também da sociedade em geral contra decisões arbitrárias.

Também cabe, de forma superficial bem verdade, lembrar o caos do sistema prisional brasileiro, que não tem mais estrutura para receber apenados, verdadeiros antros onde se perpetua a marginalidade e não a devida ressocialização, onde se violam todos os direitos essenciais previstos na legislação pátria e nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Nesse cenário, as normas penais têm evoluído no sentido do desencarceramento; medidas restritivas de direito têm substituído às privativas de liberdade; projetos como a “audiência de custódia”¹⁰ desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado alternativa importante para romper o paradigma do encarceramento como política de combate a violência.

Todavia, em que pese o exposto, nos parece completamente contrária a toda forma de evolução do direito penal a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, pois além de insistir na falida medida prisional como símbolo de resposta jurisdicional à sociedade, se distanciando em muito das tendências da Criminologia contemporânea, também se utiliza de profunda violação dos direitos humanos quando o faz sobre o cadáver da presunção de inocência, mostrando-se, em absoluta incongruência com o arcabouço constitucional.

Em verdade, ao contrário do que supõem os Ministros da corte suprema, a presunção de inocência não se presta a impedir a efetividade da jurisdição penal. Bem ao oposto disso, é uma garantia concedida aos indivíduos para assegurar que a Justiça responsável pela imposição das penas não perca sua legitimidade perante a sociedade em razão de sentenças expostas ao risco natural da falibilidade.

De fim, resta dizer que os argumentos propostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para denegar o mandado de Habeas Corpus 126.292/SP não coadunam com o princípio da presunção de inocência, sendo, a nosso ver,

¹⁰ Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo que, através do contato pessoal, o magistrado analise o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão. Decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. (BRASIL, 2015a)

incongruentes com o texto garantista da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Partindo-se de uma decisão polêmica do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP que considerou possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recursos extraordinários, intentamos através deste trabalho monográfico verificar se tal decisão é congruente com as garantias processuais penais previstas na Constituição Federal de 1988, principalmente com a presunção de inocência.

Para atingirmos o cerne da questão nos debruçamos sobre a história do Direito Penal, permitindo-nos análise sobre aspectos mais importantes, como a evolução do sistema punitivo ante as mudanças sociais pelas quais passou a humanidade. Em capítulo próprio analisamos como as garantias individuais encontraram através de movimentos filosóficos e revolucionários espaço na organização jurídica do Estado, demonstrando que essas garantias são fruto de um longo processo histórico e cultural.

Demonstramos, então, como as garantias individuais se tornam direitos fundamentais a partir do constitucionalismo e como o texto constitucional exerce poder e sujeita as demais normas dentro do Estado Democrático de Direito. No caso da Constituição brasileira de 1988, analisamos dentre as garantias processuais penais as que julgamos mais importantes para consecução do proposto neste trabalho, dedicando-lhes minucioso estudo. Em seguida examinamos os fundamentos dos recursos extraordinários e sua possível capacidade de reforma das decisões atacadas.

Por termo, analisamos os principais votos dos Ministros do STF no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP com a finalidade de verificar os argumentos utilizados, comparando-os em seguida com o estudo realizado neste trabalho, para verificar a compatibilidade entre eles e as garantias processuais penais constantes na Constituição Federal do Brasil.

Desse longo caminho de pesquisa, tiramos premissas importantes para a conclusão desse trabalho.

Os direitos e garantias fundamentais foram gerados em um longo e penoso processo de transformação social, sendo conquistas de suma importância para toda a humanidade, desta forma, são imprescritíveis, irrenunciáveis e insuscetíveis de transação. São intrinsecamente enleados ao Estado Democrático de Direito, sob tal ponto que formam uma simbiose jurídico social.

Verificou-se que valores inerentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade, foram conduzidos ao centro do sistema normativo, passando a condicionar a interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, servindo de nascente e

leito para as garantias processuais penais, sobremaneira o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa e a presunção de inocência.

O devido processo legal, atualmente, goza de amplitude única, possuindo aspecto processual, quando determina a obediência de um procedimento rígido para assegurar a tutela dos bens jurídicos colocados em discussão no processo, e também um aspecto substancial, quando revela série de outras garantias, por meio das quais o fim objetivado no processo seja alcançado da maneira mais justa.

No âmbito do contraditório e da ampla defesa, aplicado especificamente na matéria penal, onde a discussão afeta diretamente a liberdade do indivíduo, as referidas garantias devem ser entendidas da maneira mais ampla possível, devendo o processo ser caracterizado pelo direito à informação e à participação igualitária, garantindo-se às partes a oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão. Além disso, a garantia de defesa do acusado está condicionada tanto pela obrigatoriedade da defesa técnica, quanto pela faculdade da autodefesa.

Quanto à presunção de inocência, objeto central de discussão desse trabalho, constatou-se que a opção por se presumir inocente aquele que é acusado de um ilícito penal é consequência do abandono da justiça privada e da imposição da jurisdição como condição necessária e indispensável para se obter a prova do cometimento do crime imputado.

Nesse intento, as principais consequências da presunção de inocência no processo penal são: a imposição de se tratar o réu como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, independentemente do grau de certeza acerca da culpabilidade desenvolvido durante a persecução penal; a necessidade de absolvição quando existente qualquer dúvida sobre a veracidade das imputações; o ônus probatório da culpabilidade do fato é carga exclusiva da acusação e, por fim, a obrigação de se observar a estrita legalidade durante o processo penal, garantindo-se que a punição seja resultado de um processo justo.

Em continuidade, anotamos a função dos recursos no sistema processual brasileiro e constatamos que os recursos extraordinários, apesar de terem como objetivo precípuo a preservação do direito objetivo e possuírem fundamentação vinculada à análise jurídica da causa, não estão totalmente dissociados da análise fática, sendo inevitável a apreciação da prova em alguns momentos, ainda que se tenha por objetivo tão somente a análise de direito. Além disso, demonstrou-se que a não previsão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, precipuamente no processo penal, não se coaduna com as garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e, por essa razão, não autoriza a execução antecipada da pena.

Em relação ao termo do estado de inocência, esclareceu-se que outro não

pode ser senão o trânsito em julgado, posto que a Constituição, nesse caso, não admite qualquer interpretação, sendo inconteste o texto expresso. Anotou-se, ainda, que qualquer redução dessa fronteira em prejuízo do réu é absolutamente inviável face o princípio do favor libertatis.

Destarte, a formação da certeza a respeito da culpabilidade do réu como razão para a determinação do início do cumprimento da pena somente pode ser invocada no momento da formação da coisa julgada, não obstante a possibilidade da prisão processual, desde que motivada por circunstâncias extraprocessuais.

Constatou-se, de fato, que em razão de a Constituição Federal submeter a formação do juízo de certeza acerca da culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão do réu durante a persecução penal não poderá ser fundamentada somente na existência de acórdão proferido pelos Tribunais de Justiça se houver pendência de recursos extraordinários.

Nesse norte, por fim, demonstrou-se incontestável a incongruência entre o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, que considerou admissível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme amplamente comprovado nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Maria Paula.; SILVA, Izabel Pimentel da.; SANTOS, Desirree dos Reis. **Ditadura militar e democracia no Brasil** : história, imagem e testemunho. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. Realização da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Universidade Federal do Rio de Janeiro Equipe do Projeto “Marcas da Memória: História, Imagem e Testemunho da Anistia no Brasil” (UFRJ/ Comissão de Anistia). Disponível em: <http://www.historia.ufrj.br/pdfs/2013/livro_ditadura_militar.pdf>. Acesso em: 18/04/2017.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas. Tradução de Neury Carvalho Lima**. São Paulo: Hunter Books, 2012. Publicação original em italiano em 1764.
- BECHARA, Fabio Ramazzini.; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal. Questões Polêmicas**. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6348/principios-constitucionais-do-processo-penal>>. Acesso em: 12/05/2017.
- BERNARDES, Juliano Taveira.; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 2 - Direito Constitucional I).
- BÍBLIA. O antigo e Novo Testamento. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 5. ed. São Paulo: Geográfica, 2005.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Traduzido por Fernando Zani.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral I**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/03/2017.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279**. Brasília, 1963. Aprovada na seção plenária de 13/12/1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.NAOS.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16/05/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** . 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/03/2017.

BRASIL. **Lei 8.038 de 28 de maio de 1990**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 19/05/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07**. Brasília, 1990. DJ DATA:03/07/1990 PG:06478. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 16/05/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinario em Habeas Corpus 84851/BA**. Brasilia, 2005. DJ 20/05/2005. Min. Relator: Marco Aurelio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382888>>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Inconstitucionalidade Da Chamada “EXECUÇÃO Antecipada Da Pena”. Art. 5º, LVII, Da Constituição Do Brasil. Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, III, Da Constituição Do Brasil**. . [S.l.], 2009. Min. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 10/03/2017.

BRASIL. **Lei Complementar 135 de 04 de junho de 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 22/05/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 150.598/DF. Furto duplamente qualificado. Pena-base. Fixação em patamar superior ao mínimo. Maus antecedentes. Inquérito não encerrado, ação penal arquivada, em que o réu foi absolvido e em andamento. Inviabilidade de consideração como antecedentes criminais. Constrangimento ilegal evidenciado. Reprimenda reduzida**. Brasília, 2010. Julgado em 23/03/2010. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=956624&num_registro=200902016406&data=20100412&formato=HTML>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 814.792/PE. Constitucional e Administrativo. Agravo retido não conhecido. Mandado de segurança. Curso de reciclagem de vigilante. Matrícula negada. Antecedentes criminais. Princípio da presunção de inocência. Violação. Precedentes**. Brasília, 2014. DJe-104. 30.05.2014. 2ª Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000219599&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13/05/2017.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Audiência de Custódia**. Brasilia: [s.n.], 2015. Resumo feita a partir de informativo do site do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 25/05/2017.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Em vigor no dia 18 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18/05/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Princípio Constitucional Da Presunção De Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade** . 2016. Min. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

Acesso em: 10/03/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam**. São Paulo: [s.n.], 2004. Comunicação apresentada no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional 15 Anos de Constituição / Os caminhos do Brasil promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, em São Paulo, nos dias 12, 13 e 14 de maio de 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>>. Acesso em: 14/04/2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **O Garantismo e a Filosofia do Direito**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HUNGRIA, Nelson.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JHERING, Rudolph Von. **A Luta Pelo Direito. Tradução de Dominique Markins**. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. 5. ed. Bogotá: Temis, 1971.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira.; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: [s.n.], 2008. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 14/04/2017.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MUCCIO, Hidejalma. **Prática de Processo Penal. Teoria e Modelos**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal: parte geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14/03/2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Social**. 1762. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244>. Acesso em: 10/03/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.