

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
MARIA ALESSA RODRIGUES DE SOUSA

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE À
DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP**

FORMIGA-MG
2018

MARIA ALESSA RODRIGUES DE SOUSA

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE À
DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Centro Universitário de Formiga-UNIFOR, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Maria Fernanda de Lima
Moura.

FORMIGA-MG

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

- S725 Sousa, Maria Alessa Rodrigues de.
A relativização do princípio da presunção de inocência frente à decisão do habeas corpus 126.292/SP / Maria Alessa Rodrigues de Sousa. – 2018
73 f.
- Orientadora: Maria Fernanda de Lima Moura.
Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Centro Universitário de Formiga – UNIFOR-MG, Formiga, 2018.
1. Garantias constitucionais. 2. Princípio da inocência. 3. Pena privativa de liberdade. I. Título.

CDD 345

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Aparecida de Fátima Castro Campos – CRB6-1403

Maria Alessa Rodrigues de Sousa

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE À
DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Centro Universitário de Formiga-UNIFOR, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Maria Fernanda de Lima
Moura.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Maria Fernanda de Lima Moura

Orientadora

Prof.

UNIFOR-MG

Prof.

UNIFOR-MG

Formiga, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por Sua presença, força e suporte, pela coragem concedida e por não me deixar desistir.

À minha orientadora, Professora Maria Fernanda de Lima Moura, que atenciosamente me acolheu, por toda dedicação, assistência e ensinamentos que passou com tanta maestria, não só no presente trabalho, como em todo o decorrer da graduação.

Aos meus pais e ao meu namorado, que sempre apoiaram minhas escolhas, me incentivaram e sonharam junto comigo todos os meus sonhos. Agradeço pelo amor, carinho e paciência de todos os dias.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência, oriundo do Império Romano e proveniente de toda a evolução e desenvolvimento da sociedade, foi positivado internacionalmente apenas com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. No ordenamento pátrio, ele é introduzido formalmente com a Constituição Federal de 1988, a qual, em seu art. 5º, inciso LVII atrela a presunção de inocência ao trânsito em julgado. Com o Estado Democrático de Direito, o processo como instrumento da jurisdição e a sua integração ao Direito Brasileiro, este princípio é consagrado direito fundamental do indivíduo, consistindo em verdadeira cláusula pétrea da Constituição. No exame do HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal havia assentado a incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência; porém, recentemente, no julgamento do HC 126.292/SP, a Corte Constitucional passou a admitir a prisão pena antes do trânsito em julgado. Em razão da atual e polêmica mudança de orientação e por se tratar de um tema ainda bastante controverso no cenário jurídico, o presente trabalho busca analisar a trajetória até se chegar ao princípio como direito e garantia fundamental e sistematizar os principais argumentos trazidos pelos ministros da Suprema Corte na histórica decisão de 2016, além de colocar em pauta algumas observações a respeito da relativização da presunção de inocência.

Palavras-Chave: Garantias constitucionais. Princípio da inocência. Pena privativa de liberdade.

ABSTRACT

The principle of the presumption of innocence, originating from the Roman Empire and coming from all the evolution and development of society, was internationally affirmed only with the Declaration of Rights of Man and of the Citizen, in 1789. In the country order, it is formally introduced with the Federal Constitution of 1988, which, in its art. 5, item LVII links the presumption of innocence to the final and unappealable decision. With the Democratic State of Law, the process as an instrument of jurisdiction and its integration into Brazilian law, this principle is enshrined in the fundamental right of the individual, consisting of a true stony clause of the Constitution. In the examination of HC 84.078/MG, the Federal Supreme Court had settled the incompatibility of the provisional execution of the sentence with the principle of presumption of innocence; however, recently, in the judgment of HC 126.292 / SP, the Constitutional Court began to admit the sentence penalty before res judicata. Because of the current controversial change of orientation and because it is still a controversial subject in the juridical scene, the present work seeks to analyze the trajectory until arriving at the principle as right and fundamental guarantee and to systematize the main arguments brought by the ministers of the Supreme Court in the historic decision of 2016, in addition to putting into question some comments regarding the relativization of the presumption of innocence.

Keywords: Constitutional guarantees. Principle of innocence. Deprivation of liberty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	10
2.1 Constituição e Processo	16
2.1.1 <i>A constitucionalização do Direito no Brasil.....</i>	<i>16</i>
2.1.2 <i>Estudo do processo no âmbito dos paradigmas</i>	<i>18</i>
2.1.3 <i>O Processualismo Constitucional Democrático.....</i>	<i>19</i>
2.1.4 <i>O modelo constitucional de processo e o processo penal</i>	<i>21</i>
3 GARANTIAS PROCESSUAIS	23
3.1 Cláusulas Pétreas	25
3.2 Os princípios constitucionais	30
3.2.1 <i>Devido Processo Legal</i>	<i>31</i>
3.2.2 <i>Direito à ampla defesa</i>	<i>34</i>
3.2.3 <i>Direito ao contraditório</i>	<i>38</i>
4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	41
4.1 Julgamento Supremo Tribunal Federal.....	50
4.1.1 <i>Habeas Corpus 84.078/MG.....</i>	<i>50</i>
4.1.2 <i>Habeas Corpus 126.292/SP.....</i>	<i>52</i>
6 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, com a evolução da sociedade e principalmente de suas normas e ordenamentos jurídicos, foi possível chegar à consagração de um dos princípios mais significativos da história do Direito.

O princípio da presunção de inocência, oriundo do Império Romano e positivado expressamente na Constituição de 1988, se mostra, à primeira vista, tema comum e superado. No entanto, basta adentrar um pouco mais na realidade forense para constatar que as controvérsias que giram em torno desse direito são diversas. A propósito, pode-se dizer que tal princípio não esbanja solidificação e estabilização, seja no ramo jurídico dos aplicadores e intérpretes do Direito, seja no seio da legislação pátria.

Convém ressaltar que, diante das mais variadas questões ligadas ao princípio, a que mais se sobressai está relacionada à prisão, uma vez que suas consequências ofendem e afetam possivelmente um dos principais direitos fundamentais: a liberdade.

Desta feita, o objetivo do presente trabalho é analisar o princípio da presunção de inocência e sua relativização, que se deu em decorrência da alteração de entendimento da Suprema Corte através do julgado histórico do *Habeas Corpus* 126.292/SP, abordando desde o progresso da sociedade mediante os paradigmas de direito, o estudo do processo e seus princípios constitucionais até a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, é importante salientar que, muito embora o Supremo já tenha se posicionado e estabelecido, por apertada maioria, a possibilidade da antecipação da execução da pena, o tema tem se mostrado bastante controverso no cenário jurídico, onde, mais uma vez, uma decisão da Suprema Corte torna-se questionável do ponto de vista constitucional.

Isto posto, a pertinência do presente estudo se revela elevada em face de sua atualidade, haja vista a recente reviravolta jurisprudencial e sua possível repercussão em milhares de processos criminais em curso, levando em consideração que, com fulcro na decisão do Pretório Excelso, os tribunais de todo o país poderão expedir mandados de prisão, como, de fato, já estão fazendo.

No caso em tela adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com conteúdo doutrinário, normativo e jurisprudencial.

Em um primeiro momento serão estudados a evolução histórica dos paradigmas do Direito, a começar pelo Estado Liberal e Estado Social até se chegar ao atual Estado Democrático de Direito, e o gradativo crescimento das dimensões dos direitos fundamentais, bem como o processualismo constitucional democrático, interpretando o processo como sendo a garantia de tais direitos fundamentais.

Posteriormente, será discorrido sobre as chamadas garantias processuais, que asseguram, previamente, o exercício dos aludidos direitos ou prontamente os repara, caso violados.

Em seguida, será relatado, resumidamente, o avanço do princípio da presunção de inocência e sua conceituação, indicando os diplomas que preveem o referido princípio e a legislação infraconstitucional relacionada.

Por fim, serão apreciados os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e sua consequente mudança de orientação no tocante à execução antecipada da pena, citando os principais argumentos dos votos dos Ministros e, após, uma ligeira menção à recente discussão sobre ativismo judicial e judicialização.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo dos séculos, os povos foram se construindo e se amoldando às realidades de cada região, grupo ou sociedade, edificando, à medida da evolução social, a implantação e idealização dos chamados paradigmas de Direito.

Nesse sentido, é imperioso esclarecer o significado da palavra paradigma. Nos termos de Marcelo Cattoni:

O termo 'paradigma' foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, *como consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo*, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn: paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002 *apud* PELLEGRINI, 2003, p. 02)¹

Até se chegar ao atual Estado Democrático de Direito, as sociedades tiveram de percorrer outros dois, quais sejam, o Estado de Direito e o Estado Social, que se sobrevieram, respectivamente, fazendo com que o passado fosse reanalisado, de forma que um novo paradigma complementasse o anterior e suprisse determinadas deficiências.

Nesse sentido, surge o Estado de Direito, também consagrado como Estado Liberal, através do período das Revoluções Burguesas, onde aconteceu a Revolução das burguesias para proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Trata-se de um Estado que se contrapõe ao Absolutista (ou Estado de Polícia) em que tudo se intervinha.

O Estado de Direito se consagra com o constitucionalismo liberal do século XIX, se destacando a Constituição de Cádiz, de 19 de março de 1812, a 1ª Constituição Portuguesa, de 23 de setembro de 1822, a 1ª Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824 e a Constituição Belga, de 7 de fevereiro de 1831. Ademais, se concretizou por meio de diversos documentos importantes, como por exemplo: *"Rule of Law"*, na Inglaterra; *"Rechtsstaat"*, na Prússia; *"État Légal"*, na França. Foi na experiência

¹ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

francesa que ocorreu a primeira institucionalização coerente e com caráter geral do Estado de Direito.

O Estado Liberal consiste em um Estado abstencionista, devendo intervir o mínimo possível na vida privada do indivíduo, em suas relações familiares, contratuais e negociais. Nesta etapa, o direito começa a se organizar mediante normas genéricas e abstratas, aplicáveis a todos os cidadãos, sem distinções.

Por conseguinte, ocorre, inclusive, uma divisão social baseada em duas categorias: a sociedade civil e a sociedade política. Nos termos de Marcelo Cattoni:

Em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista), e esfera pública, cidadania política, representação política e negócios de Estado. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002 *apud* PELLEGRINI, 2003, p. 04)²

Nesse diapasão, a referida sociedade política era quem tinha o poder de elaborar as leis, tendo em vista que era formada por pessoas privilegiadas da sociedade, em virtude de suas condições financeiras.

Com a chegada das constituições rígidas, escritas e supremas, somadas à Revolução Francesa, começaram a se destacar os direitos civis e políticos nos textos constitucionais, apontados como a primeira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, ligada ao valor “Liberdade”.

Os direitos fundamentais consagrados nas Constituições dessa época correspondiam basicamente aos direitos da burguesia – vida, liberdade e propriedade, por exemplo. Os direitos das classes menos favorecidas eram assegurados apenas de maneira formal.

Destarte, pode-se concluir que os principais pilares desse paradigma se relacionam à limitação do soberano, marcando a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito com o consequente sistema de separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), desenvolvido por Montesquieu, onde um poder limita o outro; e a legitimação de direitos fundamentais de caráter individual, denominados como direitos de primeira geração, lema criado pelo renomado jurista Karel Vazak.

² CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

As intensas transformações na estrutura dos direitos fundamentais e do Estado de Direito foram determinantes para o surgimento, pouco antes do fim da Primeira Guerra Mundial (1918), de um novo modelo de constituição. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a crise econômica e social já existente acentuou ainda mais, levando o próprio liberalismo a entrar em crise, por ter sido incapaz de atender as demandas sociais.

A igualdade formal conferida nas relações contratuais, com total liberdade para estipular as condições de trabalho, gerou concentração de renda e exclusão social, resultando no empobrecimento brutal das classes operárias. O agravamento das desigualdades sociais provocou a indignação dos trabalhadores assalariados, dos camponeses e das classes menos favorecidas que passaram a reivindicar não só o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à saúde, à educação, ao lazer e, posteriormente, à assistência aos hipossuficientes.

Nesse contexto, começou a se observar a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito (ou Estado do Bem-estar Social), sendo consagrado na Constituição Mexicana (1917) e na Constituição de Weimar - Alemanha (1919), que serviu de parâmetro para inúmeras outras constituições.

O Estado Social é conhecido pela sua característica de intervencionista, ou seja, é um Estado que a todo momento intervém no âmbito social, econômico e laboral. O Estado passa a ser um grande prestador de serviços.

Dessa forma, este paradigma vem para buscar a superação da dicotomia entre a igualdade política conquistada e a desigualdade social existente, consagrando direitos sociais e tendo um papel decisivo tanto na produção quanto na distribuição de bens.

Como forma de reação à crise do liberalismo, passam a ser consagrados, juntamente aos direitos liberais clássicos (civis e políticos), os direitos sociais e econômicos, direitos fundamentais denominados de segunda geração (ou dimensão), ligados ao valor “Igualdade”, inclusive e principalmente em sua concepção material, trazendo à tona o famoso lema “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualarem”.

Esses direitos sociais, econômicos e culturais, também conhecidos por direitos prestacionais, possuem um status positivo, tendo em vista que a maioria exige do Estado, sobretudo, uma atuação positiva. Nesse cenário, nasce a chamada garantia

do bem-estar social mínimo ou mínimo existencial, ideia ligada à justiça social, que tenta viabilizar um conteúdo mínimo de direitos que devem ser protegidos, preservando e amparando a dignidade da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial e as experiências nazistas ocorridas durante a guerra, a sociedade começou a abrir os olhos à necessidade de proteção da pessoa humana e à imposição de impedimentos de qualquer tipo de distinção ou hierarquia entre os seres humanos.

Tais experiências históricas se revelaram as grandes causadoras da mudança paradigmática, que culminou no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como essência do “neoconstitucionalismo” e do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, explica José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

Este paradigma foi superado em razão da incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina. (BARACHO JÚNIOR, 2000 *apud* PELLEGRINI, 2003, p. 07)³

Após o fim da Segunda Guerra Mundial começou a surgir um novo período denominado por alguns autores como “neoconstitucionalismo”.

Nos Estados Unidos, a Constituição sempre foi reconhecida como um conjunto de normas, de forma que essa normatividade constitucional sempre foi assegurada de forma plena. No entanto, no Direito Europeu as declarações de direitos não eram consideradas vinculantes, sobretudo para o legislador. Na Europa, construiu-se uma visão de que o legislador era tido como um “amigo” dos direitos e garantias fundamentais, de modo que tal visão foi se mostrando equivocada, pois as maiores violações desses direitos vinham do próprio Parlamento.

Consequentemente, nesse período do neoconstitucionalismo, começa a surgir como características marcantes a força normativa da Constituição e a

³ BARACHO JÚNIOR, J. A. de O. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

rematerialização dos textos constitucionais. Significa dizer que as Constituições passam a se qualificar como prolixas, analíticas ou regulamentares, uma vez que, após os períodos autoritários ocorridos na Europa a resposta imediata foi a de consagrar o maior número possível de normas na Constituição para que houvesse a proteção contra o arbítrio do Estado, na forma de direitos e garantias fundamentais.

Nesse seguimento, houve o fortalecimento do Poder Judiciário (trazendo uma judicialização excessiva) e o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana se transformou no centro principal do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, até o fim da Segunda Guerra Mundial, não era usualmente consagrada nas Constituições. Foi a partir das experiências ocorridas durante o Nazismo, principalmente, que houve uma preocupação dos textos constitucionais com essa consagração.

A ideia de dignidade surge como valor supremo e núcleo axiológico da Constituição no sentido de que não há gradações ou hierarquias entre os seres humanos, pois todos são dotados da mesma dignidade.

A razão de ser da expressão “Estado Constitucional Democrático” ou “Estado Democrático de Direito” é acentuar uma mudança de paradigma de “império da lei” (Estado de Direito) para “caráter normativo da Constituição”, sintetizando as conquistas dos modelos anteriores (Liberal e Social) e tentando suprir suas imperfeições, cujas notas distintivas são o princípio da soberania popular e a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, elementos justificadores da legitimidade do Direito.

O nome “democrático” surge a partir da importância conferida ao princípio da soberania popular como meio de legitimação do Poder, dado que o Poder só é legítimo se for advindo do povo e é o povo que detém o Poder, cabendo a ele escolher os seus representantes.

Como destaque desse paradigma constata-se a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais e com a sua dimensão material, sob o aspecto substancial e a limitação do Poder Legislativo pela Constituição, posto que antes o controle era relacionado apenas ao aspecto da produção das leis (constitucionalidade formal) e, atualmente, também incide no aspecto material, no sentido de que o conteúdo das leis deve ser compatível com o da Constituição (constitucionalidade material).

Com o intuito de proteger, assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, buscando gerar um respeito recíproco entre os seres humanos, as últimas

Constituições consagraram em seus textos outros direitos fundamentais como forma de reagir às recentes ameaças, sobrevivendo-se os direitos de “terceira” (direitos ligados à fraternidade ou solidariedade), “quarta” (democracia, pluralismo e informação) e até “quinta geração” (direito à paz).

A partir da observação dos pilares direitos fundamentais e soberania popular, Flaviane Pellegrini esclarece:

[...] ao mesmo tempo em que ele [sujeito de direitos] é destinatário de normas garantidoras ou realizadoras de direitos fundamentais, é também autor, tendo em vista que participa da vida pública e dos processos de formação de opinião e vontade, notadamente por meio dos direitos políticos no qual se funda o processo legislativo de formulação de direitos, com os quais os cidadãos se reconhecem reciprocamente. (PELLEGRINI, 2003, p. 12)

Por esse ângulo, a autonomia privada (direitos fundamentais) e a autonomia pública (soberania popular) se tornam interdependentes, integrais e unas, transformando esses sujeitos de direitos em cidadãos construtores da sociedade através de suas garantias, liberdades e independências.

As particularidades definidoras do Estado Democrático de Direito, diferenciando-o dos demais, se encontra através de uma nova acepção de esfera pública e privada, nos moldes de uma disposição sempre aberta a retificação, construindo um direito participativo e argumentativo.

Isto posto, tal pensamento encontra-se fortemente convergente com a Teoria Discursiva, de Habermas, a qual delimita o atual paradigma a partir da relação dependente entre a esfera pública e privada. Pode-se observar que um processo legislativo democrático fundado na soberania popular é assegurado através do núcleo de direitos fundamentais, garantindo, por conseguinte, a própria democracia em si.

Dessa forma, o novo real intuito de uma Constituição democrática é normatizar e conceber os meios procedimentais de correlação entre as autonomias pública e privada no interior das relações jurídicas e sociais.

2.1 Constituição e Processo

2.1.1 A constitucionalização do Direito no Brasil

Em meados do século XX, mais especificamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, começaram a surgir novas Constituições baseadas em um novo modelo que configura um amálgama das experiências norte-americana e francesa. Essa nova fase é denominada por alguns autores como “neoconstitucionalismo”.

Manifesta-se, a partir daí, o fenômeno da “constitucionalização do Direito”, onde as normas constitucionais passam a ter um efeito alargado, com conteúdos materiais e axiológicos. Com efeito, a normatividade constitucional começa a ser reconhecida no âmbito de todo o sistema jurídico, se tornando uma característica marcante dessa mudança paradigmática.

Na contemporaneidade brasileira, os intérpretes jurídicos se veem num sério impasse, qual seja, o de decifrar, compreender e aplicar as normas infraconstitucionais obsoletas, produzidas, em sua maioria, anteriormente ao atual paradigma.

Ocorre, no sistema jurídico brasileiro, uma certa coabitação entre ideologias democráticas e ditatoriais, as quais se contrapõem por consistirem em ideias antagônicas.

No entanto, a partir da consagração da ordem democrática constitucional no Brasil com a Constituição Federal de 1988, não é possível permitir tal coabitação, uma vez que existe um caráter normativo da Constituição, devendo obedecer à chamada “filtragem constitucional”.

Nesse sentido, “filtragem constitucional” significa que todas as normas do direito infraconstitucional passam a se submeter a um teste de validade, iniciando-se uma forte influência na atuação do Poder Legislativo, assim como todas as normas infraconstitucionais precisam ser relidas e reinterpretadas em conformidade com os princípios e regras arraigados na Constituição. Em outras palavras, esse filtro constitucional tem o sentido de que a interpretação de todas as normas do ornamento jurídico brasileiro deve se dar à luz dos valores consagrados na Constituição.

A tendência à constitucionalização do processo no Brasil se deu através da Constituição de 1988, onde foi consagrado inúmeros direitos e garantias

especificamente processuais, dando ao processo, qualquer um que seja, uma nova interpretação à luz do Estado Democrático de Direito. Como exemplos, pode-se citar o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), juízo natural (art. 5º, XXXVII), direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), entre outros.⁴

Nessa perspectiva, entende-se que toda e qualquer interpretação jurídica também é uma interpretação constitucional, de modo que, segundo Luís Roberto Barroso, toda aplicação da Constituição se dá:

(a) *diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); (b) *indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (BARROSO, 2013, p. 212)

Portanto, a Constituição, hoje, se transforma no centro de todo o ordenamento jurídico, contemplada de supremacia formal e material, efetivando a sua força normativa e funcionando, principalmente, como parâmetro de interpretação e validade de todas as normas do sistema.

A interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição é consequência do caráter fundamental da norma constitucional.

Concluindo, ainda nessa acepção, assevera Barroso:

Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem: (a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; (b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; (c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador (d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma –

⁴ Dispõe a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; LV: “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)

geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. (BARROSO, 2013, p. 213)

2.1.2 Estudo do processo no âmbito dos paradigmas

Há muito se fala em uma Teoria da Relação Jurídica, a qual foi um grande marco para a Teoria Processualista, tendo em vista que foi com uma relação jurídica processual que o acusado deixou de ser objeto do processo para se tornar um sujeito de direitos. Nesse sentido, as partes e o juiz se viam em uma posição hierárquica, de subordinação e sujeição.

A Teoria da Relação Jurídica teve grande relevância no paradigma do Estado Liberal, haja vista que o Poder Judiciário possuía o monopólio da jurisdição, sendo que todos os conflitos lhe deviam ser submetidos, numa estrutura iniciante do direito de ação, onde todos tinham o direito de iniciar uma demanda quando houvesse lesão ou ameaça de lesão a determinado bem jurídico.

Já no Estado Social, surge uma preocupação com o chamado “acesso à justiça”, tendo em vista a ineficiência ocorrida no Estado Liberal. Nesse sentido assevera Flavia Pellegrini:

O tema ganha importância no Estado Social, justamente por pretender corrigir questões a respeito da igualdade formal entre os cidadãos, e justamente como crítica à inacessibilidade daquele cidadão que não possui condições financeiras de suportar os ônus de um processo jurisdicional, com suas custas e honorários advocatícios. (PELLEGRINI, 2003, p. 26)

Desse modo, o Estado começa a atuar positivamente a fim de assegurar e efetivar direitos e deveres sociais no tocante ao preceito constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

No paradigma do Estado Democrático de Direito a ideologia da Teoria da Relação Jurídica não pode prosperar, uma vez que na contemporaneidade o processo exige uma maior participação das partes, gerando uma simétrica paridade, de forma que ambas as partes possam colaborar para a decisão final. Por esse motivo, a Teoria do Processo como procedimento em contraditório é a que mais se encaixa no modelo atual. Tal teoria foi criada pelo doutrinador Elio Fazzalari, com o intuito de esclarecer que o processo significa uma espécie de procedimento e eles só se diferenciam devido ao contraditório.

O processo como procedimento em contraditório necessita da participação dos atingidos no conflito e que se encontram em uma situação contrária, porém em simétrica paridade de armas. Nessa lógica, a relação jurídica entre as partes e o juiz não precisa ser de sujeição e subordinação, mas apenas de cooperação.

Ressalta Aroldo Plínio:

O Processo, libertado do conceito de relação jurídica, renova-se na renovação do conceito de procedimento. O processo é um procedimento, mas não dos ritos e das formas a se justificarem a si mesmos. Um procedimento realizado em contraditório entre as partes, que trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições à discussão no âmago da atividade que se desenvolve, até o momento final, um procedimento para emanação de uma sentença participada, da sentença que é ato do Estado, mas que não é produzido isoladamente pelo Estado e sim resulta de toda uma atividade realizada com a participação, em garantia de simétrica paridade, dos interessados, ou seja, dos que irão suportar os seus efeitos. (GONÇALVES, 1992 *apud* PELLEGRINI, 2003, p. 22)⁵

Nessa acepção, a decisão jurisdicional se constrói a partir de um sistema de argumentos empreendidos entre as próprias partes, os quais têm o condão de influenciar diretamente na sentença proferida pelo juiz.

Portanto, o contraditório exercido pelas partes com base no conhecimento, participação e influência na atividade cognitiva jurisdicional é uma das principais características do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, a noção de processo como garantia se baseia nos direitos fundamentais e princípios constitucionais do processo estabelecidos no texto constitucional.

2.1.3 O Processualismo Constitucional Democrático

Com o incremento do constitucionalismo ao longo do século XX, o processo deixa de ser apenas um instrumento técnico neutro que não se preocupa com as garantias fundamentais do cidadão, para se tornar cada vez mais um instrumento da jurisdição, como instituição do bem-estar social, visando a participação dos interessados em todas as fases do procedimento, de modo que seja possível influenciar e cooperar na tomada de decisões judiciais.

⁵ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

A partir dessa situação, o processo ganhou uma força e importância gradativamente maiores, tendo em vista a efetiva participação dos cidadãos e o consequente afastamento do monopólio processual.

Nesse sentido, o processo constitucional se torna técnica de formulação de normas jurídicas, sustentando a democracia e efetivando os direitos fundamentais.

No entanto, começa a surgir uma corrida de buscas por resultados práticos e eficientes, saindo, muitas vezes, dos trilhos constitucionais pregados, impossibilitando, pois, a criação de um procedimento com a finalidade específica de conseguir resultados pragmáticos.

Dessa forma, busca-se um procedimento que consiga satisfazer, concomitantemente, aos princípios processuais constitucionais, à efetividade do ordenamento jurídico e ainda conceber resultados práticos, válidos e eficientes, respeitando os dizeres do modelo democrático.

Todavia, na realidade, percebe-se que não há uma efetiva preocupação em atender ao conjunto de ideias democráticas, uma vez que as alterações legislativas se atentam mais às soluções no sentido de resultados pragmáticos do que uma estruturação constitucionalmente apropriada.

Para melhor entender, explica Dierle José Nunes:

É óbvio que as alterações legislativas no campo do Direito Processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela, mas isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos e garantidora de direitos fundamentais. (CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.), 2009, p. 356)

De acordo com o pensamento de Habermas (1994), a perfeita estruturação de um procedimento nestas circunstâncias somente seria possível caso fossem observadas as máximas do Estado Democrático de Direito, que se efetiva através do respeito aos direitos humanos e à soberania do povo, assegurando e implementando um espaço procedimental discursivo do processo a todos os envolvidos.

Ademais, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais, constante no artigo 93, IX, da Constituição Federal ⁶, em respeito ao princípio da legalidade, as

⁶ Estabelece a Constituição nos moldes do artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, 1988)

tornam passíveis de análise e apreciação das partes, tornando possível uma maior ponderação sobre a solução do caso em concreto e evitando qualquer dúvida ou presunção de abuso, parcialidade ou arbitrariedade.

Percebe-se, portanto, a importância do processo constitucional através de sua função essencial como protetor e defensor dos direitos fundamentais.

2.1.4 O modelo constitucional de processo e o processo penal

A teoria do processo como procedimento em contraditório, elaborada por Fazzalari (1992), possibilita uma compreensão do modelo constitucional de processo em consonância com todos os variados tipos de processo, inclusive o arbitral, administrativo ou o próprio processo penal, por exemplo.

Nesse cenário, tal teoria, consagrada no paradigma do Estado Democrático de Direito, e que entende o sujeito de direitos como autor e, ao mesmo tempo, destinatário das normas jurídicas, ajuda a interpretar o processo como sendo a garantia dos direitos fundamentais.

A noção de modelo constitucional de processo, proposto inicialmente na Itália por Andolina e Vignera, permite eliminar a oposição existente entre direito constitucional do processo e direito processual constitucional, tendo em vista que se trata de um modelo formado por uma essência igualitária, admissível e adaptável a todos os tipos de processos, uma vez que todos se baseiam na própria Constituição.

Para melhor compreender o modelo constitucional de processo, faz-se mister analisar as características gerais trazidas por Andolina e Vignera consistentes:

[...] a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidade particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, a qual bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. [...] (tradução

livre) (ANDOLINA; VIGNERA, 1990 *apud* CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.), 2009, p. 334)⁷

Do mesmo modo, é necessário entender que existem diferenças entre os mais variados processos, a depender de suas pretensões e direitos fundamentais a serem assegurados, ainda que todo processo tenha em sua essência os princípios constitucionais (contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e participação de um terceiro imparcial).

No âmbito do processo penal, é indispensável interpretar os princípios constitucionais do processo em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais, confirmando-se, assim, a própria codependência entre garantia do processo e direitos fundamentais.

Por conseguinte, a Constituição da República de 1988 fez especificar para o processo penal, em se tratando de direitos fundamentais, o direito de liberdade, o qual se deu através das garantias relacionadas à liberdade do indivíduo nos casos de prisão (art. 5º, LXI, LXIV, LXV, entre outros) e do princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII)⁸, empregando o próprio processo penal como um microssistema, dotado de certa autonomia.

Nessa lógica, trata-se de um modelo único, fundado na Constituição e baseado no processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, o qual possibilita, inclusive, diversas e variadas tipologias, desde que respeitem os ideais do modelo constitucional de processo e assegurem as autonomias pública e privada garantidas aos cidadãos.

⁷ ANDOLINA, I.; VIGNERA, G. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

⁸ Determina a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI); “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIV); “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (inciso LXV); e por fim “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII). (BRASIL, 1988)

3 GARANTIAS PROCESSUAIS

Originalmente, os direitos individuais foram concebidos para proteger a relação vertical existente entre o cidadão frente às arbitrariedades do Estado.⁹ No entanto, a declaração desses direitos nos textos constitucionais não era suficiente para assegurar a efetividade dos mesmos, de forma que foi preciso buscar meios e mecanismos jurídicos para se conseguir chegar à realização e efetivação dos direitos fundamentais, tais como a garantia constitucional.

Embora seja comum a prática de interpretar a garantia constitucional como sinônimo de direitos fundamentais, estes não se confundem. Os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, assim declarados no texto constitucional. As garantias constitucionais, por sua vez, são consideradas como instrumento de proteção a esses direitos fundamentais, assegurando, inclusive, a devida reparação caso haja alguma violação. A garantia constitucional, portanto, existirá sempre em face de um interesse que necessita de proteção. O direito à vida, por exemplo, condiz com a garantia da proibição da pena de morte.

Rui Barbosa foi um dos constitucionalistas brasileiros que mais se empenhou na tarefa de fazer insurgir o conceito de garantia constitucional do direito brasileiro, assim como dedicou-se na difícil missão de distinguir os direitos das garantias. Nesse sentido, esclareceu:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. *Direito* é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil. (BARBOSA, s/d *apud* BONAVIDES, 2013, p. 544)¹⁰

Certo é que não haverá nas Constituições a expressão “garantias constitucionais” expressamente declarada. Mas se torna menos difícil identificá-las ao analisar os preceitos puramente declaratórios, os quais conferem legalidade aos direitos declarados e instauram os direitos em si, e os preceitos assecuratórios, os

⁹ Posteriormente, passaram a englobar ainda as relações horizontais observadas entre os próprios indivíduos. Hoje, além dessas proteções, existe ainda a possibilidade de responsabilização do Estado quando é causado algum dano aos seus cidadãos.

¹⁰ BARBOSA, R. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d.

quais objetivam a proteção e o exercício desses direitos, limitando o poder e fixando, dessa maneira, as garantias.

Dessa forma, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura, previamente, o exercício dos aludidos direitos ou prontamente os repara, caso violados.

Isto posto, pode-se afirmar que as garantias constitucionais, em seu sentido amplo, objetivam a proteção e a tutela do exercício dos direitos fundamentais e das estruturas do Estado, servindo ainda como pressuposto de validade dos atos jurídicos e administrativos do Estado.

Já as garantias constitucionais em sentido estrito são definidas como:

[...] formalidades que possam assegurar o exercício dos direitos fundamentais, pelo mecanismo da coerção, das condutas contra eles direcionadas, a permanecerem nos limites da ordem jurídica, com a finalidade de proteger os seus titulares contra violações de qualquer natureza. (GRINOVER, 1973 *apud* MORAES, 2016, p. 681)¹¹

Nesse viés, constata-se o importante papel das garantias constitucionais, que perfaz a sustentação e estruturação dos processos e procedimentos.

Sem as garantias constitucionais os direitos positivados no ordenamento jurídico seriam vazios e abstratos e perderiam cada vez mais sua correspondência com a realidade social. Dessa forma, de nada adiantaria consagrar as declarações de direitos se não existissem as prestigiadas garantias constitucionais, que protegem e buscam consumir os direitos fundamentais dos seres humanos.

Nesse ponto de vista, enfatiza Paulo Bonavides:

Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal. (BONAVIDES, 2013, p. 548)

Segundo Paulo Bonavides (2013), as garantias constitucionais podem ser entendidas ainda, mais especificamente, como garantias da própria Constituição em

¹¹ GRINOVER, A. P. **Garantias Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

si, numa acepção lata, como também garantias dos direitos subjetivos positivados no seu texto constitucional, numa acepção estrita.

No primeiro sentido, as garantias servem para manter a estabilidade e a manutenção da ordem constitucional contra elementos que possam atentar contra sua estrutura, servindo-se da reforma da Constituição, estado de sítio, estado de defesa, entre outros, como forma de proteção, segurança e conservação do Estado Democrático de Direito.

No segundo sentido, as garantias estabelecem uma forma de proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, através de remédios jurídicos adequados e competentes oriundos da própria ordem constitucional.

Dessa forma, as concepções sobre garantia levam à compreensão da justiça constitucional e da jurisdição constitucional, pois a noção de garantia está intimamente ligada à sua proteção jurisdicional, uma vez que as Constituições estabelecem uma técnica jurídica limitadora do exercício do poder, decorrendo daí a proteção jurisdicional interna dos direitos fundamentais.

Nessa acepção, observa-se que a Constituição de 1988 foi, entre as Constituições brasileiras, a que mais se dedicou a inovar e instaurar matérias de proteção e defesa aos direitos fundamentais, cujo objetivo foi o respeito à dignidade, limitação ao poder estatal e a garantia de condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, com a tentativa de executar as máximas do Estado Democrático de Direito.

3.1 Cláusulas Pétreas

Ao longo das Constituições brasileiras, é possível constatar a manutenção das chamadas garantias constitucionais “qualificadas” e as garantias constitucionais “simples”.

As garantias constitucionais qualificadas, também chamadas de primeiro grau, são aquelas que garantem a inalterabilidade de determinadas regras e assuntos positivados na Constituição. Melhor esclarecendo, são aquelas que impedem tanto o legislador ordinário quanto o legislador constituinte de proceder com reformas em alguns preceitos do texto constitucional, limitando o poder de atuação desses legisladores no tocante às emendas constitucionais, em relação às cláusulas que a Constituição concedeu maior proteção.

Essas garantias de primeiro grau cuidam dos direitos, princípios e valores elucidados no seio de uma Constituição, cuja alteração ou abolição viola a sua essência, sua natureza e a sua própria razão de ser.

Elas se dão num âmbito de generalidade e algumas podem ser encontradas positivadas no artigo 60, §4º da Constituição de 1988¹², não sendo elas, porém, exauridas no campo desse artigo, de forma que existem outras garantias esparsas no texto constitucional.

Nesse sentido, entre as garantias expostas no artigo 60, §4º da Constituição, figuram igualmente, além da separação dos Poderes e da forma federativa de Estado, também a proteção e preservação dos direitos e garantias individuais, sendo uma inovação deixá-los fora do âmbito do poder de reformação.

Já as garantias constitucionais simples ou de segundo grau, de maneira oposta às garantias qualificadas ou de primeiro grau, recaem especificamente contra a ação do legislador ordinário, “sem invalidar, contudo, o poder reformista do legislador constituinte constituído, competentemente habilitado pela Constituição para exercer o poder de emenda” (BONAVIDES, 2013, p. 566)

Dessa forma, as garantias constitucionais de segundo grau não ministram aos preceitos constitucionais uma proteção de eficácia idêntica àquelas de primeiro grau, porquanto os resguardam unicamente contra o legislador ordinário, deixando de prevalecer em relação ao legislador constituinte que exerce e continua exercendo a prerrogativa de reformar a Constituição, através da emenda constitucional.

Após expor esse raciocínio, é possível adentrar na análise das importantes cláusulas pétreas, que compõem os limites ao poder de reforma¹³ exercido pelo legislador constituinte para resguardar determinados mandamentos que configuram a própria essência do texto constitucional.

¹² Observa-se do artigo 60, §4º da Constituição de 1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. (BRASIL, 1988)

¹³ O Poder Reformador é uma espécie do gênero Poder Constituinte Derivado, sendo aquele responsável por fazer alterações específicas e pontuais no texto constitucional pela via ordinária, desde que haja o devido respeito às regras e limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário. O exercício dessa prerrogativa se dá através do procedimento de emenda constitucional, especificado no artigo 60 da Constituição, que esclarece: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros”. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, as cláusulas pétreas são os limites materiais que significam proibições de modificações violadoras do núcleo essencial de certos princípios e institutos constitucionais.

Nessas circunstâncias, é plausível apontar três finalidades da cláusula pétrea: (a) preservar a identidade material, no sentido de que toda Constituição tem um conteúdo que a identifica, o qual não pode ser modificado sob pena da própria essência, de modo que se for alterá-la, é melhor que se faça uma nova Constituição; (b) preservar institutos e valores essenciais, para evitar que, em momentos de grande apelo popular, em momentos de grave crise institucional, em momentos de fatos que chocam a sociedade, esses institutos e valores acabem ficando em segundo plano; (c) assegurar a continuidade do processo democrático, impedindo que aquela maioria que, momentaneamente, esteja no poder, se utilize da maioria no parlamento, por exemplo, para modificar a Constituição e se perpetuar no poder. (NOVELINO, 2016)

Por conseguinte, as cláusulas pétreas são ainda mais rígidas que a própria Constituição em si, no sentido de que não podem ser objeto de uma deliberação, ou seja, elas protegem o “espírito” da Constituição e estão fora do poder de emenda, pois o titular do poder constituinte constituído não tem sobre ela qualquer jurisdição.

De curiosidade, nos Estados Unidos da América elas são chamadas de “cláusulas constitucionais entrincheiradas” ou “cravadas na pedra”, ao passo que na Alemanha, são denominadas de “cláusulas intangíveis” ou “cláusulas de eternidade”.

A saber, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.024 MC/DF (a seguir), a expressão “tendente a abolir” constante no enunciado do artigo 60, §4º da Constituição não significa uma intangibilidade literal do dispositivo, ou seja, não significa que o dispositivo não possa ser modificado, não impede alterações que possam aprimorar o texto constitucional e não impede modificações que possam ampliar determinados direitos. Significa que o núcleo essencial de determinados princípios e institutos não podem ser diretamente violados. Tal entendimento vem sendo rotineiramente mencionado pelos demais Ministros em seus votos.

I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo

temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a)- ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. (STF - ADI: 2024 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 03/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-042 DIVULG 21/06/2007 PUBLIC 22-06-2007 DJ 22-06-2007 PP-00016 EMENT VOL-02281-01 PP-00128 RDDT n. 143, 2007, p. 230-231)

A partir desse entendimento, pode-se classificar as cláusulas pétreas em expressas e implícitas.

As cláusulas pétreas expressas consistem basicamente no que está disposto no artigo 60, §4º da Constituição, quais sejam: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

É imperioso ressaltar que o Título II da Constituição Federal trata os direitos fundamentais como um gênero, no qual se encontram os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os de nacionalidade e os políticos.

Caso fosse feita uma interpretação literal do que consta no texto constitucional, seria possível concluir que não são todos os direitos e garantias fundamentais que devem ser considerados cláusulas pétreas. Em outras palavras, somente os direitos individuais é que deveriam ser assim considerados.

No entanto, os direitos coletivos elencados no rol do artigo 5º da Constituição, como por exemplo, a liberdade de associação ou de reunião, são liberdades individuais, que só podem ser realizadas através de mais de uma pessoa. Por isso, os direitos coletivos são apontados como direitos individuais de expressão coletiva. Assim, tais direitos também devem ser considerados cláusulas pétreas.

Já os direitos sociais, de nacionalidade e os políticos, por mais que não estejam expressamente conceituados como cláusulas pétreas, isso não significa que eles não possam ser considerados cláusulas pétreas implícitas.

Ademais, os direitos e garantias individuais, embora estejam sistematicamente elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal, não se restringem a ele. Existem muitos outros espalhados ao longo do texto constitucional, como por exemplo, o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no artigo 16, e o princípio da anterioridade tributária, encontrado no artigo 150, III, “b”, assim como outros que se encontram nas leis infraconstitucionais.

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela EC 4/1993).

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III. Cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal de 1988, ao ampliar a proteção dada aos direitos fundamentais, foi intitulada como Constituição Cidadã, uma vez que abrangeu e elencou um rol extensivo (e exemplificativo) de direitos e garantias fundamentais, tendo introduzido um Título exclusivo a essa matéria. O artigo 5º da Constituição, especificamente, trata dessas garantias e prerrogativas que cada cidadão dispõe,

consistindo em um dos artigos mais importantes da Constituição, sendo inclusive uma medida de consagração do Estado Democrático de Direito. É imperioso ressaltar também que tais direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, a existência deles *per si* é suficiente para que possam produzir efeitos.

3.2 Os princípios constitucionais

A norma jurídica pode ser entendida como o produto da interpretação do operador do Direito, sendo aquilo que é extraído do texto legal. Ela se subdivide em norma princípio e norma regra.

A norma princípio trata de pautas mais genéricas e abstratas, concedendo maior amplitude interpretativa na medida em que permite maiores adaptações ao caso em concreto. Já a norma regra ocupa-se de pautas específicas, com menor amplitude interpretativa, o que prejudica a adaptação, pois são normas mais rígidas.

Nesse viés, pode-se compreender que o rol de direitos e garantias fundamentais trazido pelo art. 5º da Constituição Federal contempla os princípios constitucionais, que são as principais normas de conduta entre uma sociedade, podendo ser denominados ainda como o fundamento do próprio Direito. Nesse sentido, é possível observar a importância desses princípios como garantias constitucionais.

Por esse motivo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não se pode perder de vista que

[...] violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma [...]. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1990, p. 300)

Assim sendo, a fixação de garantias de ordem jurisdicional e processual é que completam as declarações de direitos, possibilitando sua efetivação. O texto constitucional consagra os princípios e meios processuais com a pretensão de proteger os direitos fundamentais.

3.2.1 Devido Processo Legal

O processo, ao longo dos tempos, já foi considerado simples sucessão de atos processuais, depois passou-se a entendê-lo apenas como a relação processual e hoje entende-se que processo é uma soma de ambos, se tornando o instrumento da jurisdição.

De fato, a expressão representa uma gama complexa e rigorosa de exigências próprias com fins diversos. No sentido amplo, o devido processo legal é requisito e garantia da democracia, ao mesmo tempo, porque legitima o monopólio da prestação jurisdicional. No entanto, esse conjunto de garantias cristalizadas pela experiência traz uma melhor possibilidade de se obter uma decisão judicial com alta probabilidade de justiça, sabendo-se que certeza de “justiça” jamais haverá e levando-se em conta que a própria parte pode não usar adequadamente as garantias que o “devido processo legal” lhe oferece.

Esse conjunto de garantias, porém, é o encontro dos melhores esforços do desenvolvimento do Direito na obtenção de tutela efetiva além de justa. Assim, depreende-se o quão importante é o direito ao procedimento adequado.

De acordo com Novelino (2016), este princípio teve como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*, que se relaciona, inclusive, com as características da Magna Carta de 1215, ocorrida na Idade Média.

No Brasil, somente no final do século XX, é que começaram os juristas a compreender a importância e a necessidade de preservar e garantir os direitos e liberdades civis de eficácia contra o arbítrio.

De acordo com o entendimento de Nelson Nery Júnior, o princípio do devido processo legal bastaria para que decorressem todas as consequências processuais para a garantia do direito a um processo justo. Nesse sentido, assevera, que ele “é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”. (NERY JÚNIOR, 1997 *apud* SILVA, 2002, p. 121)¹⁴. Para esse autor, esse princípio caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade e tutela os bens da vida em seu mais amplo sentido.

Partindo desse pressuposto, quando os direitos ligados à liberdade ou à propriedade são restringidos, é necessário que tal restrição seja legítima, o que só

¹⁴ NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

ocorre com a observância de um determinado processo legalmente estipulado, cujo pressuposto é uma atividade legislativa ajustada por procedimentos justos e imparciais.

O princípio do devido processo legal pode ser entendido através de dois aspectos: seu sentido formal e seu sentido material, ambos consagrados na Constituição de 1988 através do artigo 5º, LIV e LV:

Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV. 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. (BRASIL, 1988)

Em sua concepção processual ou sentido formal, este princípio tem o condão de garantir a qualquer cidadão o direito de exigir que o julgamento ocorra em conformidade com as regras procedimentais previamente elaboradas. Em outras palavras, a privação da liberdade ou de bens de uma determinada pessoa só será legítima se houver a observância do processo definido pela lei como sendo aquele o devido. Dessa forma, tal acepção tem como principal destinatário o juiz, o operador do Direito.

No entanto, a regularidade formal de uma decisão, por si só, não é o bastante para fazer valer e efetivar o princípio em apreço. É preciso que a decisão seja substancialmente devida.

Dessa forma, a concepção substancial/substantiva ou o sentido material do princípio está ligado à ideia de um processo legal justo, neutro, apartidário, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal representa uma exigência de um julgamento justo, o qual possa garantir uma cooperação e uma participação equânime, justa e leal entre os sujeitos processuais.

Nesse aspecto, o devido processo legal substantivo se dirige, num primeiro instante, ao legislador, configurando-se um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos preceitos de justiça, razoabilidade, proporcionalidade e racionalidade.

Os atos processuais têm determinado momento para serem realizados, mas não se fazem instantaneamente, desenvolvem-se em várias etapas. De fato, seria

realmente absurdo imaginar-se um processo em que houvesse imediata tutela ao direito supostamente violado. Isso porque o processo judiciário, como instrumento de composição da lide ou forma de solução de conflitos de interesses de maior ou menor relevância social, requer a segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes cuja observância se torna incompatível com a precipitação.

Nessa perspectiva, como corolário deste princípio pode-se afirmar a manifestação do postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, o acesso à justiça, a igualdade de armas entre as partes e a exigência de imparcialidade do magistrado. Dessa forma, essas e todas as outras garantias compõem o devido processo legal que, por sua vez, fazem parte da própria estrutura do processo constitucional, exigindo-se respeito ao conjunto de garantias processuais mínimas.

Nesse seguimento, complementa Guilherme Peña de Moraes:

A regularidade procedimental é preservada pelo devido processo legal processual ou formal, dado que cada questão submetida à apreciação jurisdicional deve ser resolvida por meio de um encadeamento lógico de atos tendentes à consecução do provimento final (processo), próprio para a hipótese (devido) e previamente estipulado (legal). O exame do mérito das valorações legislativas, administrativas e judiciais é protegido pelo devido processo legal substancial ou material, eis que cada medida restritiva de direitos fundamentais deve regular-se adequada, necessária e proporcional. (MORAES, 2016, p. 685)

Em resumo, como parâmetro para se verificar o respeito e a efetiva consagração deste princípio, pode-se destacar a necessidade de observância e cumprimento de três requisitos essenciais, quais sejam: (a) *necessidade* ou *exigibilidade*, uma vez que a adoção de medidas que possam restringir ou violar direitos só se legitima se indispensáveis para determinado caso concreto e se não for possível substituí-las por outras menos gravosas; (b) *adequação*, também denominada *pertinência* ou *idoneidade*, pois o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; (c) *proporcionalidade* em sentido estrito, tendo em vista que em sendo a medida necessária e adequada, deve-se apurar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Dessa forma, tem-se como propósito e finalidade alcançar a máxima efetividade com o mínimo de restrição. (LENZA, 2013)

Assim, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, no qual todas as leis têm que ir ao encontro dos anseios do povo, o princípio do devido processo legal não se limita a assegurar a observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência no ordenamento de leis desprovidas de razoabilidade.

De modo consequente, Novellino conclui: “o princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos”. (2016, p. 413)

3.2.2 Direito à ampla defesa

Inicialmente, é importante frisar que é através do conjunto de normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, sem lesionar os direitos fundamentais dos litigantes.

Nesse sentido, explica Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 49), que “o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais”.

De tal sorte, sob o aspecto procedimental do superprincípio do devido processo legal, se torna imperativa a fiel observância do contraditório e da ampla defesa, os quais decorrem obrigatoriamente da garantia constitucional do princípio da igualdade, uma vez que não há como se falar em devido processo legal sem a outorga da plenitude de defesa (como por exemplo o direito de defesa técnica, o direito à produção de provas e o direito de recurso). É do contraditório que brota o exercício da defesa, mas é esta que o garante.

Dessa forma, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa são indissociáveis, caminhando paralelamente no processo administrativo ou judicial, conforme expôs a Constituição de 1988, em seu artigo 5º:

LV. 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. (BRASIL, 1988)

Essa relação de aproximação entre tais garantias gera confusão aos operadores do Direito no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que são tratados por muitos como semelhantes, o que de fato não configura uma verdade.

Para elucidar, Renato Brasileiro de Lima, expõe:

Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia. O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. (LIMA, 2017, p. 54)

A ampla defesa subdivide-se em defesa técnica (defesa processual ou específica) e autodefesa (material ou genérica).

A defesa técnica (processual ou específica) é aquela exercida por um profissional da advocacia, devidamente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o qual pode ser um defensor constituído, geralmente indicado através de procuração, nomeado pelo juiz (defensor dativo) ou Defensor Público.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal regulamentou:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (BRASIL, 1941)

A defesa técnica é irrenunciável, ou seja, ainda que o acusado não queira um defensor, o juiz, obrigatoriamente, deverá fazer a nomeação de um. Isso ocorre em qualquer juízo criminal, seja no júri, perante um juiz singular ou no Juizado Especial. Ademais, ao acusado pertence o direito de constituir seu próprio defensor. Dessa forma, eventual nomeação, pelo juiz, só é possível diante da inércia do próprio acusado.

Nesse sentido, a consequência da ausência da defesa técnica se torna uma nulidade absoluta por violação direta ao preceito da ampla defesa.

Já a autodefesa (material ou genérica), é aquela exercida pelo próprio acusado. Ao contrário da defesa técnica, a autodefesa é renunciável, de forma que o acusado pode optar pelo seu não exercício.

A doutrina costuma mencionar, pelo menos, três desdobramentos da autodefesa: (a) direito de audiência; (b) direito de presença; e (c) capacidade postulatória autônoma.

O direito de audiência é o direito que o acusado tem de ser ouvido pelo juiz. O acusado tem o direito de ser ouvido exatamente para que possa levar ao magistrado a sua versão sobre os fatos. Contudo, o acusado não é obrigado a exercer esse direito, tendo em vista que sobre ele recai o direito ao silêncio, previsto na Constituição.

O direito de presença configura o direito que o acusado possui de acompanhar a instrução probatória, auxiliando seu defensor. O acusado tem o direito de estar presente na audiência, uma vez que ele poderá auxiliar seu advogado, por exemplo, na formulação de perguntas que serão feitas às testemunhas ou ao ofendido.

Todavia, o direito de presença não se trata de um direito absoluto, sendo ele possuidor de natureza relativa, o que pode ser observado pela leitura do artigo 217 do Código do Processo Penal:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941)

Nessa lógica, em casos de crianças, vítimas de estupro, por exemplo, que eventualmente serão ouvidas na frente do réu, o ideal é, na verdade, retirar o acusado da sala de audiências. Quando isso acontece, como se está restringindo o direito de presença que o acusado possui, isso deverá ser devidamente documentado e fundamentado, até para evitar o reconhecimento de uma possível nulidade.

Já a capacidade postulatória autônoma significa que ainda que o acusado não seja um profissional da advocacia, a ele é permitida a prática de alguns atos postulatorios. De acordo com a Constituição, o advogado é indispensável à

administração da Justiça¹⁵, mas não se pode esquecer que o processo penal lida com a liberdade de locomoção do indivíduo. Por esta razão, mesmo não sendo inscrito e registrado nos quadros da OAB, não se pode negar a ele a possibilidade de praticar alguns atos postulatórios, como por exemplo, a impetração de *habeas corpus*, a interposição de recursos contra decisões proferidas por juízes de primeiro grau, incidentes da execução penal, como a progressão, livramento condicional, entre outros.

A defesa, no âmbito do processo penal, tem como objetivo preservar e proteger os direitos do acusado de tratamentos injustos e inadequados, representando um instrumento indispensável à realização da justiça. Pode ser considerado, inclusive, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão ao direito à liberdade.

Por todo exposto, de acordo com Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice Valentim Bastos é possível distinguir dois aspectos relevantes no direito de defesa:

[...] sob primeiro aspecto, a defesa constitui direito do acusado, que se especifica no exercício dos poderes processuais, necessários para agir, ou defender-se, em juízo e para influir, positivamente, sobre a formação do convencimento do juiz. Já, sob um segundo aspecto, a defesa não constitui direito, mas garantia, como exigência do correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral, que transcende ao do acusado e é satisfeito, apenas, quando o contraditório é efetivo, e a igualdade das partes real. Trata-se, aqui, de assegurar o devido processo legal. Surge, assim, o referido dualismo entre direitos e garantias. (PIOVESAN; GARCIA (Org.), 2011, p. 1334)

Sendo assim, pode-se afirmar que a ampla defesa representa o direito que é concedido ao indivíduo de trazer ao processo, judicial ou administrativo, todos os elementos de prova e argumentações lícitamente obtidos para se provar a verdade do que alega, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender pertinente, para evitar sua condenação.

Nesse viés, encontra-se o direito ao silêncio ou “direito de permanecer calado”. Tal direito consubstancia um dos desdobramentos do princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, expressão que pode ser traduzida como “ninguém é obrigado a contribuir para sua própria destruição”. Trata-se do princípio que veda a autoincriminação, no

¹⁵ Dispõe o artigo 133 da Constituição: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL, 1988)

sentido de que “ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo”. Ele encontra-se no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal¹⁶ e refere-se a um comportamento passivo, sendo importante destacar que o exercício desse direito não pode ser interpretado em detrimento do acusado.

3.2.3 Direito ao contraditório

O direito ao contraditório, embora interligado ao direito à ampla defesa, com este não se confunde. A ideia original do princípio era de ciência bilateral dos termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. O contraditório, portanto, trabalhava com dois elementos: informação (ciência bilateral) e possibilidade de reação.

Informação no sentido de que as partes têm o direito de conhecer tudo que ocorre no processo, para que assim, possam se posicionar a respeito. A possibilidade de reação relaciona-se diretamente com a vontade das partes, que podem optar por reagir ou se omitir a tudo que acontece no processo.

Como o passar dos anos, e principalmente no âmbito processual penal, essa possibilidade de reação foi sendo cada vez mais questionada. Por exemplo, na hipótese de um sujeito que está respondendo por um crime de homicídio, tendo o juiz mandado citá-lo, o sujeito não apresenta nenhuma resistência, não contrata advogado (ainda que contratado, a atuação é inexistente) e não procura a Defensoria Pública. Questiona-se: será que o ordenamento jurídico se contentaria com uma mera possibilidade de reação? A resposta é não.

Atualmente, não basta que esta reação seja possível. Esta reação, notadamente no processo penal, deve ser efetiva e real, ou seja, não basta a possibilidade de reação. Há que se verificar se realmente esta reação estaria presente.

Nota-se que é deixada de lado aquela ideia do princípio da isonomia sob um ponto de vista formal para que, efetivamente, se trate de maneira desigual aqueles que são desiguais, na medida que se desigualem. Essa ideia está relacionada à

¹⁶ Assim estabelece a Constituição em seu artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [direito ao silêncio], sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988)

paridade de armas¹⁷, notadamente no processo penal. Assim, ainda que o sujeito não queira exercer a sua defesa, o juiz terá que, obrigatoriamente, nomear um defensor para fazer sua defesa técnica.

Assim, para que o princípio seja substancialmente efetivado, não é suficiente informar e permitir a reação, deve-se exigir também que esta reação tenha o poder de influenciar o juiz na construção de sua decisão. Esse “poder de influência” transforma-se, em vista disso, no terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os outros. Nessa acepção, as partes têm o direito de pretender que o juiz leve em consideração tudo o que foi debatido, suas defesas e alegações, no momento em que proferir uma decisão.

O contraditório, em relação ao tempo em que é exercido, pode ser dividido em duas espécies: contraditório real e contraditório diferido.

O contraditório real (para a prova) é o contraditório que acontece durante a produção da prova, como por exemplo na oitiva de uma testemunha em audiência. O contraditório é para a prova (real), pois está sendo observado durante a produção de determinada prova. Em regra, os meios de prova devem ser produzidos com o contraditório real, com a presença do juiz e com a presença das partes.

No entanto, existe a possibilidade do contraditório diferido (sobre a prova), que é aquele que ocorre após a produção da prova. Ele se dá em momento ulterior. No momento inicial em que a prova foi produzida, o contraditório não estava valendo. A título de exemplo, servem as provas periciais. Geralmente, elas são produzidas durante as investigações e o quanto antes possível, sendo que o investigado e seu defensor não são chamados para acompanhá-las. Mesmo que o laudo pericial seja, futuramente, juntado ao processo e usado como prova, o contraditório não foi observado por ocasião da produção da prova, mas será observado de maneira diferida, ou seja, posteriormente à produção, durante o processo.¹⁸

Ademais, o contraditório pode ser usado ainda como meio de evitar surpresa às partes. Certo é que em matérias que já houveram as alegações de ambas as partes, não há que se falar em possibilidade de decisão surpresa.

¹⁷ Teoria processualista desenvolvida inicialmente por Elio Fazzalari, cuja ideia é ligada à posição de igualdade entre os sujeitos do processo, de forma que possam ter os mesmos poderes e possibilidades, sendo a igualdade no tratamento um dos desdobramentos do próprio devido processo legal.

¹⁸ Hoje, interessantemente, as partes têm a possibilidade de indicar assistente técnico, a fim de que o expert em determinada área contribua para a posterior impugnação do laudo pericial.

Entretanto, em relação às matérias de ordem pública em que o juiz pode conhecer até mesmo de ofício, sempre que houver uma decisão que surpreenda as partes, existirá uma indevida ofensa ao princípio do contraditório e, consequentemente, uma nulidade. E como isso deve ser evitado em homenagem a este princípio, mesmo nas matérias em que o juiz deva conhecer de ofício, será necessário informar e oportunizar um debate entre as partes para que possam se manifestar previamente antes de o juiz proferir sua decisão. Entendimento este consagrado pelo Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 10^o¹⁹, o qual pode ser perfeitamente incorporado ao processo penal.

Nesse sentido, o contraditório deve ser desenvolvido durante todo o *iter* processual, tanto em relação às atividades das partes quanto às atividades judiciais, desenvolvendo uma realidade de cooperação entre os sujeitos processuais.

Não se pode olvidar, inclusive, do caráter do contraditório como garantia de aproveitamento da atividade processual, tendo em que vista que ele fortalece e estimula a busca pela eficiência, de modo que um debate bem feito conduz à redução do prazo processual e à formação de decisões melhor estruturadas, com a consequente redução da utilização de recursos, como por exemplo, os embargos de declaração.

Ante o exposto, por contraditório pode-se entender como sendo o direito que tem o cidadão de tomar conhecimento e contraditar tudo aquilo que é levado pela parte contrária ao processo. Ele consiste na ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los, além do poder de influenciar diretamente nas decisões tomadas pelo juiz. Eis o motivo pelo qual existe a expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa).

Sendo assim, conclui Humberto Teodoro Júnior e Dierle Nunes:

[...] o contraditório, na alta modernidade, constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo. (THEODORO JÚNIOR; CALMON; NUNES (Coord.), 2010, p. 305/306)

¹⁹ Dispõe o art. 10º do Código de Processo Civil: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestas, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. (BRASIL, 2015)

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É durante o Império Romano que começa a existir elementos iniciais da presunção de inocência (como o *“in dubio pro reo”* e o *“favor rei”*), surgindo, inclusive, a prisão provisória como meio de antecipação da pena sem, contudo, possuir qualquer finalidade de cunho processual.

Com o aumento de adeptos à Igreja Católica e o surgimento da Inquisição, alicerçada em um direito penal do inimigo²⁰, começa a desaparecer qualquer vestígio da presunção de inocência, de forma que a dúvida do julgador não caracterizava a absolvição do acusado, mas apenas a redução de sua pena.

Após o Movimento Iluminista, onde o cidadão deixa de ser visto como inimigo do Estado e passa a ser visto como fonte e destino de seu poder, é que começa a aparecer efetivamente os traços da presunção de inocência. No entanto, com a tomada de poder de Napoleão Bonaparte, tal princípio foi impedido fortemente de avançar. O que agravou ainda mais tal situação foi a chegada dos governos totalitários, principalmente na Itália e Alemanha, onde o princípio foi abandonado de vez.

Nesse cenário da Segunda Guerra Mundial foi promulgado o Código de Processo Penal Brasileiro (1941) e isso explica suas bases e princípios autoritários, estruturado na presunção de culpa. Certo é que não obstante as diversas reformas ocorridas desde sua entrada em vigor, ainda podem ser encontrados vários dispositivos que não observam o princípio da presunção de inocência, como por exemplo, seu artigo 198²¹.

A título de informação, no Brasil, durante o Estado Novo Vargas, chegou-se a exigir que o réu provasse a sua inocência, nos casos de crimes políticos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo se viu na urgência de prevenir e evitar o surgimento de novas guerras. Nesse contexto, o princípio da presunção de inocência foi positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi o primeiro instrumento geral de direitos humanos a ser adotado por uma organização

²⁰ Teoria criada pelo alemão Günther Jakobs, que defende um Direito Penal autoritário (porque despreza direitos e garantias do ser humano), prospectivo (se baseia na periculosidade do agente) e do autor (uma vez que rotula ou estereotipa determinadas pessoas). Seu principal meio de prova é a confissão, podendo o Estado se valer da tortura para preservar um bem jurídico de maior proteção.

²¹ Prevê o artigo 198 do Código de Processo Penal que “o silêncio do acusado não importará confissão, **mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz**”. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

internacional (Organização das Nações Unidas), a qual o Brasil se faz signatário. Veja-se:

Artigo 11. Nº 1º. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

No ordenamento jurídico brasileiro, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, o princípio da presunção de inocência encontrava-se somente de forma implícita, como desdobramento do superprincípio do devido processo legal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu:

Prisão decorrente de sentença de pronuncia – efeito jurídico – processual ordinário. Concessão de liberdade provisória. Faculdade judicial. Prisão preventiva anteriormente decretada. – A prisão provisória constitui efeito jurídico-processual que decorre, ordinariamente, sentença de pronuncia. A concessão de liberdade provisória ao réu pronunciado traduz mera faculdade legal reconhecida ao juiz (CPP, art.408, par. 2.). Pronunciado o réu, que já se encontrava preso preventivamente, não se nulifica a sua custódia provisória, desde que subsistam os motivos que justificaram a decretação daquela prisão cautelar. São irrelevantes, para esse efeito, a primariedade e os bons antecedentes do acusado, que nenhum direito tem, nesse contexto, a obtenção da liberdade provisória. Sentença de pronuncia – elementos. – Se a sentença de pronuncia revela, em seu conteúdo intrínseco, os elementos essenciais a configuração do juízo de admissibilidade da acusação (CPP, art. 408), torna-se legítima a submissão do réu a julgamento por seu juiz natural: o Tribunal do Júri. Prova emprestada – inobservância da garantia do contraditório – valor precário – processo penal condenatório. – A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, e questionável a sua eficácia jurídica. Inocorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronuncia. Princípio constitucional da não-culpabilidade – garantia explícita do imputado – consequências jurídicas. Compatibilidade com o instituto da tutela cautelar penal. O princípio constitucional da não-culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam a acusação penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5., LVII, da Constituição, é meramente relativa (*juris tantum*). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso para o órgão acusado, o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou e nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer ideia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade. (STF - HC: 67707 RS, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/11/1989,

PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 14-08-1992 PP-12225 EMENT VOL-01670-01 PP-00178:: RTJ VOL-00141-03 PP-00816)

Somente com a promulgação da Constituição de 1988, esse princípio passou a constar expressamente no seu texto, no rol do artigo 5º, o qual impõe:

LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

Posteriormente, acompanhando tal seguimento, o Código de Processo Penal estampou:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei 12.403/2011) (BRASIL, 1941)

No tocante à terminologia do princípio, verifica-se que no Brasil ora é utilizado o termo “presunção de inocência” e ora é empregada a expressão “presunção de não culpabilidade”.

Fazendo uma singela comparação entre os Tratados Internacionais e a Constituição Federal do Brasil, é possível verificar que, geralmente, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos usam as palavras “inocência” e “presunção”²². Assim, normalmente fala-se em “presunção de inocência”. Nessa lógica, pelo menos enquanto o processo criminal não for concluído, o indivíduo é presumido inocente. Já na Constituição Federal a terminologia é um pouco diversa porque ela não emprega o termo “inocente”, na verdade ela se utiliza do termo “culpado”. Ela é redigida de maneira negativa, o que leva o preceito a ser denominado de “presunção de não culpabilidade”.

Segundo o entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2003), não existe qualquer diferença entre tais terminologias, chegando a ser inútil e contraproducente a tentativa de distanciar estes termos, podendo-se concluir que independentemente da terminologia, o ideal é tratar as duas expressões como se sinônimas fossem.

²² A título de exemplo, cita-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual declara em seu artigo 8º, nº 2º: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (BRASIL, 1992)

Em relação ao conceito, o princípio da presunção de inocência significa o direito que todo cidadão possui de não ser considerado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao final do *iter* processual, com respeito ao devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os recursos pertinentes à sua defesa (ampla defesa), bem como tenha tido a oportunidade de eliminar e suprimir as demais provas apontadas pela acusação (contraditório).

Em outras palavras, tal princípio preceitua que todo cidadão será considerado inocente até que se prove o contrário, constituindo, assim, uma das principais garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

No âmbito penal, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o estado natural do indivíduo é a inocência. Assim ele nasce e assim permanece, a menos que pratique alguma infração penal e no final, após o devido processo legal, venha a ser condenado definitivamente.

Uma vez condenado, cria-se a certeza de uma culpa, afastando-se aquele estado inicial da inocência. Essa culpa fica relacionada somente àquele determinado delito e àquela determinada decisão, de modo que não significa ter perdido a condição de inocente para sempre.

Em outras palavras, a situação da culpa é distinta e específica, sendo referente apenas à determinado caso concreto onde houve a condenação em definitivo do acusado. Em relação aos demais atos e fatos, fica conservado o estado natural e original de inocência do indivíduo.

Esse estado de inocência tem como características a indisponibilidade e irrenunciabilidade, sendo parte integrante da natureza humana de todo cidadão, digno de absoluto respeito, em consagração ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa acepção, a inocência é regra, enquanto a culpa se torna a exceção. Assim sendo, a procura pela culpa do indivíduo se torna encargo do Estado, nunca do próprio indivíduo, de forma que cabe ao acusador imputar e provar a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, pois são elementos constitutivos para se punir alguém.

Destarte, pode-se dizer que a presunção de inocência possui um desígnio básico e indiscutível, qual seja, o de esclarecer que o dever de provar a culpa é unicamente do órgão acusatório. Consequentemente, a privação e a limitação aos

direitos fundamentais de um indivíduo somente podem se dar em contextos excepcionais, de sorte que a intervenção penal estatal deve ser mínima, tendo em vista a consagração do estado natural de inocência das pessoas.

Um dos desdobramentos da aplicação do princípio da presunção de inocência é o direito ao silêncio, pois, se o indivíduo é considerado espontaneamente inocente e não lhe é concedido nenhum ônus para a demonstração de sua própria culpa, certo é deduzir, portanto, que ninguém é obrigado a se auto incriminar, ou seja, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ademais, na visão de Fernando Capez, o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três fases distintas:

[...] no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; no momento da avaliação da prova, valorando-as em favor do acusado quando houver dúvida; no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual". (CAPEZ, 2011, p. 80)

O princípio possui, inclusive, duas dimensões de atuação, quais sejam, a dimensão interna e a dimensão externa.

A dimensão interna significa que o princípio deve ser observado e respeitado por todos, sobremaneira pelo juiz, dentro do processo. Essa dimensão manifesta-se por meio de duas regras: probatória e de tratamento.

A regra probatória, também conhecida por "*in dubio pro reo*", deixa claro que recai sobre a acusação o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, além de qualquer dúvida razoável, e não deste de provar sua inocência. Essa regra probatória é uma regra de julgamento dirigida diretamente ao juiz, uma vez que ao juiz não é dado proferir o "*non liquet*", ou seja, o juiz não pode se abster de julgar uma causa por não saber como fazê-lo.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima elucida:

Funcionam como consectários da regra probatória: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio). (LIMA, 2016, p. 467)

Como no processo penal o acusado é presumido inocente, o ônus de comprovar sua culpabilidade recai totalmente sobre o órgão acusador. Em verdade, compete provar a prática do crime e, caso seja alegada alguma excludente, é responsabilidade da própria acusação demonstrar em juízo a sua incoerência ou discordância. Caso este não se desincumba a contento desse ônus, o próprio acusado será beneficiado, já que ele é presumido inocente, sob pena de retroagir ao total arbítrio do Estado.

Dessa maneira, a dúvida razoável é o quanto basta para um decreto absolutório do juiz. Conforme o disposto no artigo 386 do Código de Processo Penal²³, para que haja um decreto absolutório não há necessidade de comprovação cabal de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.

O “*in dubio pro reo*”, portanto, deve ser utilizado quando da valoração das provas, tendo em vista que, na dúvida, a decisão tem de ser favorável ao acusado, pois não tem ele qualquer obrigação de provar que não praticou determinado crime.

Quando da impetração de *habeas corpus*, por exemplo, que consiste em uma ação de impugnação, o impetrante (autor da ação) não pode ser considerado como o possuidor do encargo de provar, uma vez que a dúvida deve sempre estar a seu favor no campo das liberdades individuais. Assim sendo, em caso de dúvida, a ordem deve ser concedida pelo Tribunal.

Isto posto, convém mencionar que a regra probatória é válida até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – ou até o esgotamento das instâncias ordinárias, conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292, questão a ser abordada noutro capítulo.

Em relação à regra probatória aplicável à revisão criminal, esta não poderá ser a do “*in dubio pro reo*”, uma vez que a revisão criminal só pode ser ajuizada depois do trânsito em julgado e, nesse caso, não há mais que se falar em presunção de inocência. Assim, a regra probatória aplicada à revisão criminal é o “*in dubio contra reo*”, ou seja, o encargo de provar recai única e exclusivamente sobre o postulante, de modo que caso o indivíduo não comprove aquilo que é dito na revisão, o pedido revisional deverá ser julgado improcedente pelo Tribunal.

²³ Nesse sentido expôs o Código de Processo Penal em seu artigo 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou **mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência**. (Redação dada pela Lei 11.690/2008)”. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal asseverou:

HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU - CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES - O reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, art. 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo

Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet. VALIDADE DA EXACERBAÇÃO PENAL, QUANDO ADEQUADAMENTE MOTIVADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Não se revela possível a redução da pena imposta, quando a exacerbação penal, além de adequadamente motivada, apóia-se em fundamentação provida de conteúdo lógico-jurídico e em dados concretos justificadores da majoração efetivada. Refoge ao âmbito estreito do habeas corpus o exame dos critérios de índole pessoal, que, subjacentes à formulação do juízo de valor atribuído pelo ordenamento legal ao magistrado sentenciante, permitiram-lhe, sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder, exacerbar o quantum penal imposto ao réu condenado. Precedentes. (STF - HC: 73338 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/08/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-12-1996 PP-51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00270)

No que diz respeito à regra de tratamento, a privação cautelar da liberdade de locomoção, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas. Em outras palavras, a regra é que o acusado permaneça em liberdade durante todo o processo, de forma que a imposição de medidas cautelares pessoais (como por exemplo, a prisão preventiva ou cautelar diversas da prisão) é a exceção. Nesse sentido, concluiu o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 104.339/SP) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO

DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – NÃO SE DECRETA NEM SE MANTÉM PRISÃO CAUTELAR SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS”. - Mostra-se regimentalmente viável, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento imediato, monocrático ou colegiado, da ação de “habeas corpus”, independentemente de parecer do Ministério Público, sempre que a controvérsia versar matéria objeto de jurisprudência prevalecente no âmbito desta Suprema Corte. Emenda Regimental nº 30/2009. Aplicabilidade, ao caso, dessa orientação. (STF - HC: 117457 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013)

Portanto, o indivíduo deve ser tratado como se inocente fosse. Em suma, a ideia é que durante o processo penal, em regra, o indivíduo permaneça em liberdade. No entanto, em situações excepcionais, admite-se a decretação de medidas cautelares pessoais, as quais precisam ter suas necessidades demonstradas pelo juiz de maneira fundamentada.

Já no tocante à dimensão externa do princípio da presunção de inocência, é necessário ter em mente que tal princípio, juntamente com as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade reivindicam uma defesa e cuidado contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, atuando como limitação à abusiva exploração das mídias em torno do fato delituoso e do próprio processo judicial.

Nessa linha de pensamento, ressalta Renato Brasileiro de Lima:

Especificamente em relação à dimensão externa ao processo, vem bem a calhar a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso J. vs. Peru (2013), no qual o Peru foi responsabilizado por violação ao estado de inocência previsto no art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica. A Sra. J. foi presa durante o cumprimento de medida de busca e apreensão residencial. Processada criminalmente por terrorismo e associação ao terrorismo, em virtude de suposta vinculação com o grupo armado Sendero Luminoso, foi absolvida em junho de 1993. Logo após ser solta, deixou o território peruano. Em dezembro do mesmo ano, a Corte Suprema Peruana cassou a sentença absolutória, determinou um novo julgamento e decretou sua prisão. Tais fatos ocorreram durante o governo Fujimori, quando o Peru passava por um regime de exceção. Para a CIDH [Corte Internacional de Direitos Humanos], os distintos pronunciamentos públicos das autoridades estatais, sobre a culpabilidade de J. violaram o estado de inocência, princípio determinante que o Estado não condene, nem mesmo informalmente, emitindo juízo perante a sociedade e

contribuindo para formar a opinião pública, enquanto não existir decisão judicial condenatória. Para a Corte, a apresentação da imagem da acusada para a imprensa, escrita e televisiva, ocorreu quando ela estava sob absoluto controle do Estado, além de as entrevistas posteriores também terem sido levadas a cabo sob conhecimento e controle do Estado, por meio de seus funcionários. A Corte acentuou não impedir o estado de inocência que as autoridades mantenham a sociedade informada sobre investigações criminais, mas requer que isso seja feito com a discricção e a contextualização necessárias, de tal modo a garantir o estado de inocência. Assim, fazer declarações públicas, sem os devidos cuidados, sobre processos penais, gera, na sociedade, a indevida crença sobre a culpabilidade do acusado. (LIMA, 2017, p. 46)

Dessarte, na dimensão externa, analisa-se o princípio de fora do processo, ou seja, a ideia é a de que o indivíduo deva ser tratado extraprocessualmente como se fosse inocente. Portanto, é necessário respeitar a presunção de inocência e entender que não é possível utilizar a mídia para atentar contra a presunção e sujeitar o indivíduo a uma estigmatização perante a sociedade. A condenação prévia pela imprensa fere diretamente a garantia constitucional da não culpabilidade antecipada.

Nesse viés, pode-se concluir que a interligação e complementação entre os princípios da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e devido processo legal é, portanto, ínsita ao Estado Democrático de Direito.

4.1 Julgamento Supremo Tribunal Federal

4.1.1 Habeas Corpus 84.078/MG

Até 2009, a maioria dos tribunais do país, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, reconheciam, em regra, a possibilidade da execução provisória da pena. No entanto, nesse mesmo ano, o HC 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, consagrou a mudança de entendimento.

Tal *habeas corpus*, impetrado pelo acusado Omar Coelho Vitor – condenado à pena de prisão privativa de liberdade de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III, alínea c e d, ambos do Código Penal) –, foi denegado pelo Superior Tribunal de Justiça, negando ao impetrante o direito de aguardar o julgamento do recurso especial em liberdade.

Decretou-se a prisão preventiva de Omar com base em indícios de que teria ele o propósito de se fazer furtar da aplicação da lei penal, utilizando seu patrimônio e condição financeira de forma a auxiliar e favorecer sua fuga.

Na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a fundamentação de tal prisão preventiva foi fortemente contestada e recusada, abrindo então a possibilidade da prisão como execução antecipada da pena, o que dividiu opiniões entre os Ministros. Tendo em vista os entendimentos antagônicos entre as Turmas do STJ, foi proposta a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

Já no Supremo Tribunal Federal, os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes votaram contra a possibilidade de execução provisória da pena, vencendo os votos a favor dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Isto posto, diante do HC 84.078, por 7 votos a 4, firmou-se o entendimento no sentido de que a presunção de inocência teria como limite temporal o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, conforme a regra de tratamento, o indivíduo só poderia ser preso definitivamente com o trânsito em julgado, a não ser que, a título de prisão cautelar, fosse decretada sua prisão durante o curso do processo. Precedente:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da

Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a entender pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena – a execução recebia o nome de “provisória” porque ela ocorria antes do trânsito em julgado.

4.1.2 Habeas Corpus 126.292/SP

A orientação firmada no HC n. 84.078/MG viveu por cerca de sete anos. O assunto parecia pacificado, em especial após as modificações legislativas trazidas pelas Leis n. 11.689/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011, as quais revogaram os artigos

393, 408, §1º, 594 e 595 do Código de Processo Penal²⁴, acabando com a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia.

No entanto, mais recentemente, em 2016, o Supremo Tribunal Federal retrocedeu à análise da matéria em apreço e alterou novamente sua orientação, voltando a adotar, em um primeiro momento, no HC n. 126.292, por 7 votos a 4, o entendimento antes superado, sob alegada mutação constitucional.

Trata-se de um *habeas corpus*, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do Código Penal), contra o relator que indeferiu o pedido liminar para que o recorrente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nestes termos, os Ministros Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin e Dias Toffoli votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena, ficando vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Marco Aurélio.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Desse modo, a partir do HC n. 126.292/SP, o Supremo passou a admitir a execução provisória de acórdão condenatório proferido por Tribunal de Segunda

²⁴ Os antigos artigos estabeleciam: “Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”.; “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura”.; “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.; “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

Instância, ainda que sujeito a recursos extraordinários. Deve-se ter em mente que o que será executado é uma prisão-penal (e não prisão cautelar).

Em suma, os principais argumentos empregados pelos Ministros do STF no HC n. 126.292, baseiam-se no entendimento no qual os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo e que, por esse motivo, ainda que seja interposto, por exemplo, um recurso extraordinário contra um acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, o acórdão já poderá ser executado de imediato. Na visão dos Ministros, o Novo Código de Processo Civil, em seu dispositivo 995²⁵, teria tacitamente revogado o artigo 283 do Código de Processo Penal²⁶, pois segundo o diploma processual civil os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo.

Além disso, são nas instâncias ordinárias que se discutem fatos e provas produzidas no processo. Melhor dizendo, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Nesse sentido, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla “devolutividade”, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória.²⁷ Na visão dos Ministros, quando um recurso extraordinário ou especial é interposto não há falar em reanálise da matéria de fato e probatória. Portanto, não haveria porque se procrastinar a execução provisória daquela pena.

Nesse entendimento, se houve, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

²⁵ Art. 995 NCPC: “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”.

²⁶ Art. 283 CPP: “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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

²⁷ As matérias fáticas que levariam apenas a um reexame da prova estão excluídas dos recursos especial e extraordinário, nos termos da súmula 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e da súmula 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Ademais, comentam os Ministros que em nenhum outro País do mundo uma decisão fica sujeita a três ou quatro graus de jurisdições. Em nenhum outro lugar, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema.

De mais a mais, de acordo com o parecer dos Ministros, deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade.

Para os Ministros, a proibição do cumprimento da pena antecipada agrava a sensação de impunidade e morosidade da justiça, uma vez que o aumento da criminalidade é atribuído, pela sociedade e pela imprensa, à aparente isenção de punição, que é reduzida à medida em que o Estado responde ao crime ora praticado, independente de qual seja a resposta, desde que seja célere.

Os Ministros citaram ainda a Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), que expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado.

Por fim, a decisão apontou que a presunção de inocência e os recursos extraordinários vinham sendo utilizados de maneira abusiva.²⁸ Em outras palavras, Recurso Especial e Recurso Extraordinário eram interpostos exclusivamente para obstar o trânsito em julgado e assim retardar o início do cumprimento de uma prisão penal.

Isto é, a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início

²⁸ A título de exemplo do uso abusivo do direito de recorrer com a nítida intenção de procrastinar o trânsito em julgado de sentença condenatória cita-se o caso do ex-Senador L. E., condenado a 31 anos de reclusão pela prática dos crimes de peculato, estelionato, corrupção ativa, uso de documento falso e associação criminosa – sendo que os dois últimos delitos se tornaram prescritos. Desde 2006, quando foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o ex-Senador já havia interposto mais de 35 recursos, impedindo e dificultando, assim, o trânsito em julgado. Com a mudança de orientação jurisprudencial do STF acerca do assunto, o ex-Senador foi, enfim, recolhido à prisão, em data de 8 de março de 2016.

do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, Código Penal²⁹).

Não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)³⁰. Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC³¹ têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação.

Quanto a eventuais equívocos das instâncias ordinárias, na visão dos Ministros, não se pode esquecer que há instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como, por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário e ao Recurso Especial, e o *habeas corpus*.

A orientação ora firmada pelo Supremo Tribunal Federal vem ao encontro do artigo 8º, nº 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. De acordo com a Convenção Americana (1992), “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”.

Nestes termos, a Convenção difere da Constituição porque ela não exige o trânsito em julgado. Questiona-se, então, o que significaria a expressão “enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Conforme uma interpretação sistemática dos dispositivos da CADH, conclui-se que o momento legal da comprovação da culpa

²⁹ Aduz o Código Penal em seu artigo 117, inciso IV: “O curso da prescrição interrompe-se: IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios, recorríveis”. (BRASIL, 1940)

³⁰ Art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. (BRASIL, 1942)

³¹ Código de Processo Civil, art. 1.029, §5º: “O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037”. (BRASIL, 2015)

ocorre com o esgotamento das instâncias ordinárias – há menção expressa ao duplo grau de jurisdição na Convenção Americana³².

Em síntese, em 17/02/16, por maioria de votos (7 a 4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Isso porque a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena, até mesmo porque os recursos extraordinários ao STF e ao STJ comportam exclusivamente discussão acerca de matéria de direito.

Após essa decisão, a matéria foi objeto de duas cautelares indeferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB. O pedido era para que o Supremo reconhecesse a constitucionalidade do art. 283 do CPP, revogando o pronunciamento anterior firmado. Em 05/10/2016, pela apertada maioria de votos (6 a 5), o Plenário do STF entendeu que o art. 283 do CPP (tacitamente revogado pelo NCPC) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Por isso, indeferiu as cautelares pleiteadas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

DESPACHO AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA ACAUTELADORA – ACÓRDÃO – REDAÇÃO – PRESIDÊNCIA. 1. Observem o curso desta ação declaratória de constitucionalidade. Em 5 de outubro de 2016, o Pleno, por maioria, indeferiu a medida acauteladora postulada na peça primeira. Na oportunidade, fiquei vencido, na companhia dos ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, do ministro Dias Toffoli. O processo encontra-se paralisado, sem a indicação do ministro redator do acórdão. A situação atrai a incidência dos parágrafos 3º e 4º do artigo 135 do Regimento Interno do Supremo, segundo os quais – se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão – e, ante a inexistência de revisor, – designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente. 2. Considerado o quadro, remetam o processo à Presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia. 3. Publiquem. Brasília, 16 de junho de 2017. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (STF - ADC: 43 DF - DISTRITO FEDERAL 4000886-80.2016.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 16/06/2017, Data de Publicação: DJe-134 21/06/2017)

³² Estampa o artigo 8º, nº 2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos: “[...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h - direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. (BRASIL, 1992)

DESPACHO AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – AUTUAÇÃO – RETIFICAÇÃO – INFORMAÇÕES – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – MANIFESTAÇÃO. 1. No caso, a ação declaratória de constitucionalidade versa dispositivo do Código de Processo Penal cuja redação foi alterada pela Lei federal nº 12.403/2011, devendo constar como requeridos, além do Presidente da República, os das Casas que compõem o Congresso Nacional. 2. Retifiquem a autuação para incluir, como requeridos, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, providenciando as respectivas informações. 3. Independentemente da juntada ao processo das informações, colham a manifestação da Advocacia-Geral da União. 4. Publiquem. Brasília, 22 de setembro de 2017. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (STF - ADC: 44 DF - DISTRITO FEDERAL 4000918-85.2016.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/09/2017, Data de Publicação: DJe-221 28/09/2017)

Posteriormente, em 10/11/2016, houve novo julgamento pelo Plenário virtual na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 964.246, reafirmando a jurisprudência no sentido de ser possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, ainda que existam recursos pendentes de julgamento aos Tribunais Superiores (com repercussão geral reconhecida e, portanto, devendo ser aplicados aos demais processos). Precedente:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (STF, Pleno, ARE 964.246 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário Virtual, julgado em 10/11/2016, DJe de 25/11/2016).

Importa ressaltar que a decisão do Supremo ficou restrita à pena privativa de liberdade, podendo esta, portanto, ser executada quando houver o esgotamento das instâncias ordinárias. No entanto, a decisão do STF não se referiu às penas restritivas de direitos, as quais ainda estão condicionadas ao trânsito em julgado, segundo algumas decisões do STJ.³³

Não obstante à alteração de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso pôr em pauta algumas observações.

³³ Nesse sentido HC n. 424.947/SC 2017 e AgRg na PetExe nos EAREsp: 828.271/SC 2015.

Certo é que a execução provisória será cabível quando houver o esgotamento das instâncias ordinárias. Contudo, deve-se levar em consideração que, ainda que o Tribunal de Segunda Instância tenha condenado o indivíduo, a depender do caso, é possível a interposição de recursos ordinários, como embargos infringentes e de nulidade e embargos de declaração. Assim, tais recursos podem mudar o sentido daquele acórdão condenatório.

Urge perceber, conquanto o julgamento do HC n. 126.292/SP, fundamentado sob o manto da mutação constitucional³⁴, que a Constituição Federal não dá margem a nenhuma outra interpretação, se não aquela que exige o trânsito em julgado, conforme ilustrado em seu art. 5º, LVII, uma vez que o texto é claro, preciso e incontestável ao dispor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em verdade, o STF tem utilizado a mutação constitucional de maneira excessiva e exagerada. Para que haja uma mutação constitucional é preciso dar nova interpretação ao que diz a Constituição Federal ou o que diz o seu texto constitucional, de acordo com novas circunstâncias sociais e mudanças que acontecem na realidade da sociedade. Mas deve-se ter em vista que a nova interpretação não pode ser uma interpretação que não caiba naquele determinado texto.

Nesse sentido, se o texto constitucional estabelece expressamente uma norma ou princípio, tornando indiscutível uma possível interpretação, não cabe mutação constitucional. Em outras palavras, se a Constituição determina claramente em seu texto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não há que se falar em mutação constitucional e nem mesmo em alteração de interpretação, uma vez que se trata de cláusula pétrea devidamente protegida que não pode ser modificada, senão em benefício do indivíduo.

Caso haja o desejo de mudar e criar uma nova acepção do dispositivo constitucional, deve ser utilizado o caminho tradicional da Emenda Constitucional, através do Poder Legislativo e não do Judiciário, mediante jurisprudência. Isto porque

³⁴ Em relação à estabilidade, a Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, tendo em vista que o processo de alteração de seus dispositivos é mais complexo do que aquele empregado na elaboração das leis ordinárias. Essa rigidez visa assegurar uma maior segurança e estabilidade ao texto elaborado pelo Poder Constituinte Originário. No entanto, como a sociedade está sempre aberta a transformações, a própria Constituição possibilita sua alteração aspirando à atualização e à correlação de seus dispositivos com a realidade social. Nesse sentido, a mutação constitucional significa um processo não formal de mudança da Lei Maior, alterando o sentido e o alcance de determinada norma constitucional, sem alterar o seu texto propriamente dito. Em outras palavras, o texto permanece inalterado, modificando-se apenas a interpretação judicial dada àquela norma.

a alteração de entendimento através da mutação constitucional gera grande insegurança jurídica tanto para a sociedade em si quanto para os intérpretes e aplicadores do Direito, indo contra até mesmo a própria Corte Suprema, tendo em vista que dela se espera, principalmente, a transmissão e propagação de segurança jurídica.

Ademais, ao exercer a mutação constitucional, a Suprema Corte brasileira passa a atuar numa posição emblemática, criando oportunidades para o fenômeno do ativismo judicial, o qual vem sendo alvo de grandes discussões, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo têm sofrido numerosas interferências pelos membros do Judiciário. O ativismo judicial pode ser considerado como uma alternativa especial do Poder Judiciário de interpretar a Constituição Federal, ampliando seus sentidos e o seu alcance, o que está relacionado a um comportamento desmoderado ao invadir esferas de competências que não são, originalmente, de sua alçada, sendo interpretado até mesmo como uma intervenção indevida no princípio da separação dos Poderes.

Assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal estaria atuando como uma espécie peculiar de Poder Constituinte Originário ao estabelecer uma nova interpretação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, através da mutação constitucional e excessivo ativismo judicial, na medida em que afeta as regras e princípios instaurados originalmente à Constituição ao criar uma nova norma constitucional sob o pretexto de argumentos, muitos dos quais, políticos e morais.

Tal comportamento realizado pelo STF viola a repartição de funções estatais e usurpa a soberania popular, pois somente essa deveria ser manifestada pelos canais estabelecidos constitucionalmente.

Além do mais, faz-se mister constatar que o Código de Processo Penal foi alterado em 2011 e o art. 283 é categórico ao dizer que prisão é ou cautelar ou depois do trânsito em julgado, não abrindo brechas para novas interpretações. Consequentemente, por se tratar de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, entende-se que a nova redação do art. 283 do CPP conferida pela Lei 12.403/11 revogou tacitamente o art. 637 do CPP³⁵, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

³⁵ Art. 637 CPP: "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença". (BRASIL, 1941)

Noutro giro, não se pode aceitar que o Novo CPC tenha revogado o art. 283 do CPP, uma vez que o diploma processual civil só poderá ser aplicado no âmbito processual penal de maneira subsidiária e supletiva, ou seja, quando realmente existir uma lacuna em seu texto. Como não há qualquer omissão no texto do Código de Processo Penal, que prevê expressamente em seu art. 283 que a execução da pena pressupõe o trânsito em julgado, não se pode admitir a sua revogação por uma norma genérica prevista no NCPC.

Além disso, é fato que o art. 283 do CPP consiste em mera reprodução da cláusula pétrea do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, cujo núcleo essencial jamais poderia sofrer qualquer restrição, quer por parte de uma lei ordinária (NCPC), quer pelo próprio Poder Constituinte.

Nesse raciocínio, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal ante ao julgamento do HC 126.292/SP, das ADCs 43 e 44 e do ARE 964.246, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que restringe ao acusado o direito de utilizar todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e o exercício da informação, possibilidade de reação e o poder de influenciar na decisão.

Tal entendimento viola principalmente uma cláusula pétrea consagrada no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário, disposta no art. 5º, LVII, a qual não pode ser infringida ou ter sua essência alterada, especialmente porque se trata de um dispositivo claro, taxativo e inquestionável.

Nesse sentido, oportuno transcrever a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Não se podem buscar a *simplicidade* e *eficácia* processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados. (BARACHO, 2006, p. 20)

Ora, face às considerações aduzidas, cumpre ressaltar, baseado no sistema internacional da proteção de direitos humanos, que quando há um conflito aparente entre a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos, como é o caso

em tela, deve-se trabalhar com o chamado princípio “*pro homine*”, segundo o qual prevalece a norma que for mais favorável ao imputado.

Ademais, a própria Convenção Americana prevê em seu texto que os direitos nela instituídos não poderão ser compreendidos no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos seus países signatários.³⁶

Assim, ao alterar o seu entendimento e formular uma nova interpretação menos favorável ao indivíduo, o Supremo Tribunal Federal afastou sua orientação consolidada anteriormente e rompeu com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual está vinculado pelo dever de convencionalidade, uma vez que a CIDH já julgou diversos casos que comprovam que para ela a coisa julgada não significa julgamento de segunda instância, mas sim quando já não caiba mais recursos. Em outros termos, é dever do STF aferir e analisar se as leis estão em conformidade com os diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, aplicando o chamado controle de convencionalidade.

Além do mais, os argumentos utilizados pelos Ministros a favor da execução provisória da pena seriam mais de cunho político e moral do que propriamente jurídicos, atraídos pela visão do senso comum da sociedade. Entretanto, se torna imperioso perceber e reconhecer que tanto a efetividade processual, a diminuição da sensação de impunidade, a segurança pública e a obtenção de maior confiabilidade das instituições do Estado são questões garantidas através do fiel cumprimento da Constituição e não por meio de uma interpretação sem limites, para tentar “amoldar” o texto constitucional ao agrado de uma pretensa maioria, o que chega a violar até mesmo a democracia do ponto de vista material.

Por fim, mas não menos importante, impende destacar que, caso tal entendimento jurisprudencial se torne uma regra, é de se preocupar como ficaria a situação das prisões brasileiras, que já se encontram superlotadas, sem qualquer salubridade e violam, diariamente, a dignidade da pessoa humana frente às precárias condições do cárcere. É necessário esclarecer ainda que muitos dos estabelecimentos penais não oferecem a devida oportunidade de trabalho e estudo

³⁶ Dispõe a CADH em seu art. 29, b: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b - limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. (BRASIL, 1992)

aos presos, deixando-os ao “Deus-dará”, lhes permitindo dedicar cada vez mais às práticas criminosas. A verdade é que as instituições do Estado querem apenas prender, interessados apenas na sua “boa aparência”, pouco importando o rumo e a realidade após as prisões. É incontestável que jurisprudência firmada pelo STF agravará ainda mais essa realidade do sistema carcerário brasileiro, piorando não só a vida dos acusados, mas, a longo prazo, de todo o cerne da coletividade.

Forçoso é concluir, portanto, que a norma expressa no art. 5º, LVII do texto constitucional deve imperar, uma vez que esta estende a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a qual favorece explicitamente o imputado.

6 CONCLUSÃO

Observou-se que com o avanço da sociedade e o progresso de suas leis, foi possível se chegar ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, à teoria do processo como procedimento em contraditório, elaborada por Elio Fazzalari, exigindo uma maior participação dos sujeitos processuais, garantindo uma simétrica paridade de armas, de forma que ambas as partes possam contribuir para o julgamento final.

Nesse viés, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a noção de processo como garantia se baseia nos direitos fundamentais e princípios constitucionais do processo estabelecidos no próprio texto constitucional, podendo ser citados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

No âmbito do processo penal, por exemplo, é imprescindível interpretar os princípios constitucionais do processo em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais, confirmando-se, assim, a própria interdependência entre garantia do processo e direitos fundamentais.

Por sua vez, para se chegar à real efetivação dos direitos positivados na Constituição foi necessário buscar meios e mecanismos jurídicos capazes de assegurar tal proposta. Com efeito, as garantias constitucionais sobrevieram para proteger e tutelar o exercício desses direitos e das estruturas do Estado, se tornando possível constatar o importante papel que exercem, tendo em vista suas constantes investidas em aproximar o texto constitucional à realidade social.

Desta feita, as cláusulas pétreas, espécies de garantias constitucionais, perfazem os limites materiais impostos aos legisladores, proibindo modificações violadoras do núcleo essencial de certos princípios e institutos constitucionais, consistindo em verdadeiro escudo da essência da Constituição.

O princípio da presunção de inocência é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo previsto em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos. No Brasil, está positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual estabelece um marco temporal para que se deixe de falar em presunção de inocência: o trânsito em julgado.

Embora o Código de Processo Penal fora instituído em um outro momento histórico, contendo em seu texto muitos dispositivos incompatíveis com a atual ordem

constitucional, nota-se que a edição de leis posteriores provocou uma mudança processual penal com normas compatíveis com a Constituição de 1988.

No julgamento anterior, HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a execução provisória da pena seria inconstitucional, por ser incompatível, principalmente, com os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e presunção de inocência.

Tal entendimento foi alterado com o julgado histórico do HC 126.292/SP, causando uma série de controvérsias jurídico-constitucionais já desenvolvidas ao longo deste estudo.

Concluiu-se, pois, que a execução provisória da pena admitida com a atual orientação do Supremo Tribunal Federal produziu verdadeira relativização ao princípio da presunção de inocência, eis que este é expressamente atrelado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, elaborando nova interpretação ao princípio, ao argumento da mutação constitucional, onde não há alteração literal do seu texto, mas sim uma mudança de significado e acepção.

Por sua vez, essa orientação não deve prosperar, pois não há razão para se falar em mutação constitucional, tendo em vista que se trata de um dispositivo preciso, taxativo e inquestionável, fechado para novas interpretações. Além do mais, ao exercer a mutação constitucional a Corte Suprema acaba por fomentar o exercício exagerado do ativismo judicial, o qual vem sendo alvo de grandes críticas por ser relacionado a uma atitude desenfreada do Judiciário ao usurpar searas de competências que não, originalmente, de sua alçada, atuando este como o próprio legislador ao criar novas normas e princípios.

Esse posicionamento viola diretamente os princípios da ampla defesa e do contraditório, impedindo o acusado de utilizar todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e de reagir e influenciar nas decisões a serem tomadas. Viola, sobretudo, a cláusula pétrea consagrada no art. 5º, LVII da Constituição, norma legitimada pelo Poder Constituinte Originário, e a norma do art. 283 do CPP espelhada em seus dizeres, não podendo ter seu núcleo essencial restringido.

Importa dizer ainda que nas situações onde existir conflito aparente entre a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ser proporcionado e garantido o princípio *“pro homine”*, prevalecendo a norma que for mais favorável ao acusado, como o faz a Constituição de 1988.

Além disso, os Ministros a favor da execução provisória da pena se utilizaram de argumentos meramente políticos e morais, se desviando do cunho jurídico, interessados no senso comum da sociedade. No entanto, é preciso lembrar que a segurança pública, a efetividade processual, a diminuição da sensação de impunidade e a obtenção de maior credibilidade às instituições do Estado não são obtidas por esse caminho de interpretações sem limites, mas sim pelo fiel cumprimento do texto constitucional, respeitando seus anseios e suas premissas.

A propósito, não se pode esquecer da situação das prisões brasileiras, que já se encontram abarrotadas, sem qualquer salubridade, violando diretamente o princípio maior da dignidade da pessoa humana frente às precárias condições do cárcere. Com esse atual entendimento, a tendência é o agravamento dessa realidade, acentuando as mazelas do sistema carcerário com a falta de oportunidades para trabalho e estudo, tempo sobrando para as práticas criminosas e inúmeras enfermidades graves contraídas, além de violências de toda ordem. Em verdade, não se pode almejar prisões céleres e o efetivo cumprimento da lei penal, sem deixar de lado a situação dos estabelecimentos prisionais do Brasil, devendo estes serem, antes de tudo, preparados e aptos a receberem tantos detentos, como deseja o STF.

Por conseguinte, para resolver e tentar chegar à uma solução dessa emblemática situação, se mostra necessário um efetivo cumprimento e respeito às normas constitucionais, principalmente em relação aos direitos e garantias fundamentais, das leis processuais penais, inclusive da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que muitas vezes são ignoradas em prol dos poderes ilimitados de interpretação do STF, que vem interpretando de acordo com as pressões da imprensa e da sociedade, e não de acordo com o que está escrito no texto constitucional.

Um sistema prisional eficaz não é obtido às custas dos direitos do povo, mas sim com a fiel execução das leis de um país e com a garantia de segurança aos seus detentos, proporcionando meios aptos à ressocialização e mecanismos que evitem a reincidência, que é o principal objetivo da pena privativa de liberdade.

Nesse cenário, levando em consideração que a população prisional brasileira é uma das maiores do mundo, se faz imprescindível uma urgente reforma do sistema carcerário, que já se encontra praticamente “falido” e que ainda sofrerá um impacto significativo com a chegada de uma demanda cada vez maior de presos, dificultando para mais a existência digna da pessoa humana nos estabelecimentos prisionais.

Diante disso, em que pese essa nova jurisprudência do STF, as insurgências do ambiente jurídico são válidas porque os direitos e garantias não podem ser objetos de mudança de interpretação sem alterar a letra fiel da lei, senão corre-se o risco de gerar uma ditadura conveniente de um determinado grupo de pessoas detentoras do poder decisório, abalroando todos os direitos já conquistados.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, I.; VIGNERA, G.. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.
BADARÓ, G. H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARACHO, J. A. de O. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 84-154, 1º e 2º semestre de 1999.

_____. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO JÚNIOR, J. A. de O. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOSA, R. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d.

BARROS, F. de M. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 6, p. 131-148, 2008.

_____. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1ª reimpressão: Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [200-?]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 11 set. 2018.

_____. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 29 ago. 2018.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 ago. 2018.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 14 set. 2018.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). **Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 20 set. 2018.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETTO, M. de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v.3, 9. 473-486, maio, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; MACHADO, F. D. A. (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FAZZALARI, E. **Insituzioni di diritto processuale**. Padova, Cedam, 1992.

_____. **Diffusione del processo e compiti dela dottrina**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, n. 3, p. 861-880, 1958.

GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, A. P. **Garantias Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

HABERMAS, J. **Direito e democracia** – Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, v. I e II.

_____. **Faktizität und Geltung**: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

KLEIN, Franz. **Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Código de processo penal comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, C. A. B. de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990.

MORAES, G. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOVELINO, M. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PELLEGRINI, F. de M. B. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo**, p. 12. VirtuaJus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, a.2, n.1, ago. 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/prod_docente_ano1_2004.html>. Acesso em 02 ago. 2018.

PIOVESAN, F.; GARCIA, M. (Org). **Instrumentos e garantias de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5)

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, Á. R. de S. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, N. de M. e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 2024 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 03/05/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728817/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2024-df>>. Acesso em 10 ago. 2018.

_____. HABEAS CORPUS: HC 67707 RS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 07/11/1989. **JusBrasil**, 1992. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721403/habeas-corpus-hc-67707-rs>>. Acesso em 28 ago. 2018.

_____. HABEAS CORPUS: HC 73338 RJ. Relator: Celso de Mello. DJ: 13/08/1996. **JusBrasil**, 1996. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743687/habeas-corpus-hc-73338-rj>>. Acesso em 5 set. 2018.

_____. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS: HC 117457 SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 23/04/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275253/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-117457-sp-stf/inteiro-teor-111667724?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 set. 2018.

_____. HABEAS CORPUS: HC 84078 MG. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 05/02/2009. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 11 set. 2018.

_____. HABEAS CORPUS: HC 126292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11 set. 2018.

_____. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 4000886-80.2016.1.00.0000 DF - DISTRITO FEDERAL 4000886-80.2016.1.00.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 16/06/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471880157/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-43-df-distrito-federal-4000886-8020161000000>>. Acesso em 11 set. 2018.

_____. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 4000918-85.2016.1.00.0000 DF - DISTRITO FEDERAL 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 22/09/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504901997/acao-declaratoria-de->

constitucionalidade-adc-44-df-distrito-federal-4000918-8520161000000>. Acesso em 11 set. 2018.

_____. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 964.246 SP/RG. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 10/11/2016. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em 11 set. 2018.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H.; CALMON, P.; NUNES, D. J. C. (Coord.) **Processo e constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

VALLE, V. R. L. do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VAZ, V. A; CAMPOS, A. F.C; RIBEIRO, R.C.R.; FREITAS, R, G. S. **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. 6. ed. 2016.