

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRA FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O Julgamento do HC
126.292/SP e das ADC's 43 e 44 do STF.**

JOSÉ CASTRO ALBERTO DE SOUSA TETEL'S

CARUARU – PE

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRA FRENTE AO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O Julgamento do HC
126.292/SP e das ADC's 43 e 44 do STF.

JOSÉ CASTRO ALBERTO DE SOUSA TETEL'S

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Clodoaldo Batista.

CARUARU – PE

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__.

Presidente: Prof. Doutor Clodoaldo Batista

Primeiro Avaliador: Prof. ...

Segundo Avaliador: Prof. ...

DEDICATÓRIA

Ao meu Deus, autor da vida e consumidor de tudo, que me concedeu a graça de poder cursar Direito e lutar pela justiça.

A Thamyras Cavalcanti, minha noiva, amiga, confidente, companheira e amor da minha vida, que sempre esteve ao meu lado.

A minha família, especialmente à minha avó, Leonida Josefa da Silva, sem a qual eu não poderia trilhar os caminhos da justiça.

A minha família na fé, Família IABV, principalmente à minha pastora Rosana Lopes, que sempre me apoiou em toda a minha caminhada e me ensinou o valor da perseverança.

Ao professor Marcus Welby, que fez nascer em mim a paixão pelo Direito, quando ministrava as aulas de Introdução ao Estudo do Direito no início do curso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao meu Deus, razão da minha existência e salvador da minha vida.

Agradeço ao meu orientador e professor, Doutor Clodoaldo Batista, profissional no qual me inspiro para exercer a profissão da advocacia, e que sempre me apoiou e me incentivou, tanto em sala de aula durante as brilhantes aulas de Processo Penal ministradas pelo mesmo, quanto na orientação deste trabalho.

Agradeço a Anderson Thiago Neves Silva e Pablo Augusto Jordão de Melo, amigos, orientadores de estágio, colegas de trabalho e exemplos de profissionais comprometidos com a administração da justiça através do exercício da advocacia, que sempre me apoiaram e acreditam no meu potencial, exercendo um papel indispensável na minha formação.

Agradeço a minha mãe Maria Risonete, às minhas irmãs Eduarda Karynne e Paula de Castro, as pessoas que mais amo neste mundo, e que sempre estiveram ao meu lado, tanto nos momentos mais difíceis de nossas vidas como nas épocas de bonança.

Agradeço ainda a Anniery Camila e Ingrid Nayara, amigas que tanto me apoiaram ao longo do curso e que pretendo levar para toda a vida.

RESUMO

A jurisdição constitucional penal brasileira tem sido marcada por decisões históricas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como é o caso do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP e das ADC's 43 e 44, que modificaram o entendimento da Suprema Corte acerca da possibilidade de cumprimento efetivo de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Utilizando-se da chamada “interpretação conforme a Constituição”, o Supremo flexibilizou o princípio-garantia da presunção de inocência possibilitando o cumprimento e pena com a confirmação da sentença condenatória em segunda instância mesmo ainda cabendo recurso da decisão, indo assim, de encontro ao Texto Constitucional, bem como, ao Código de Processo Penal, que dispõem de forma taxativa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, repercutindo assim na esfera de milhares de pessoas. Neste sentido, o presente trabalho busca analisar os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional penal brasileira, inclusive se a Suprema Corte tem usurpado a função legiferante, produzindo direito novo. Através da utilização de fontes bibliográficas e jurisprudenciais, o texto se desenvolve a partir da contextualização da jurisdição constitucional, bem como o exercício da jurisdição constitucional penal pelo Supremo Tribunal Federal, analisando-se finalmente, a flexibilização da presunção de inocência com a possibilidade de cumprimento antecipado da pena, a partir do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP e das ADC's 43 e 44, e à final constatação do avanço ou retrocesso do Direito Brasileiro com a flexibilização da presunção de inocência.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional penal brasileira. Princípio da presunção de inocência. Cumprimento antecipado da pena.

ABSTRACT

Brazilian criminal constitutional jurisdiction has been marked by historical decisions handed down by the Federal Supreme Court, as in the case of the *habeas corpus* 126.292/SP And ADCs 43 and 44, which modified the Supreme Court's understanding of the possibility of effective enforcement of pre-transit penalty in trial of criminal sentence. Using the so-called "interpretation according to the Constitution," the Supreme Court relaxed the principle-guarantee of the presumption of innocence enabling compliance and punishment with the confirmation of the conviction in second instance even though it is an appeal of the decision, thus going against the Constitutional Text, as well as the Code of Criminal Procedure, which exhaustively state that no one will be found guilty before a final sentence of conviction has passed, thus affecting thousands of people. In this sense, the present work seeks to analyze the limits of the action of the Federal Supreme Court in the exercise of Brazilian criminal constitutional jurisdiction, jurisprudential, as well as the exercise of the criminal constitutional jurisdiction by the Federal Supreme Court, finally examining the flexibilization of the presumption of innocence with the possibility of early fulfillment of the sentence, from the judgment of the *habeas corpus* 126.292 / SP and the ADC's 43 and 44, and to the final verification of the advance or retreat of the Brazilian Law with the easing of the presumption of innocence.

Keywords: Brazilian criminal constitutional jurisdiction. The presumption of innocence principle. Early fulfillment of the sentence.

ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CPP – Código de Processo Penal
DF – Distrito Federal
DPRJ – Defensoria Pública do Rio de Janeiro
EC – Emenda Constitucional
HC – *Habeas Corpus*
Min. – Ministro
MG – Minas Gerais
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
ONU – Organização das Nações Unidas
PEN – Partido Ecológico Nacional
RE – Recurso Extraordinário
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1. O ideal constitucional.....	11
1.2. A Jurisdição Constitucional e sua evolução	12
1.3. A Jurisdição Constitucional Brasileira e seu exercício pelo Supremo Tribunal Federal...15	
CAPÍTULO 2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA PENAL	19
2.1. A justiça criminal no âmbito da Suprema Corte.....	19
2.2. A competência do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal	22
2.3. Composição, acesso e julgamento no Supremo.....	26
CAPÍTULO 3. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
3.1. O princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito.....	29
3.2. Análise do Julgamento do <i>Habeas Corpus</i> 126.292/SP.....	34
3.3. Flexibilização do princípio da presunção de inocência com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem protagonizado profundos debates e divergências no âmbito jurídico na atualidade. De maneira que muito tem se discutido acerca dos limites do exercício da jurisdição constitucional, até que ponto o Supremo tem atuado legitimamente e a partir de quando ele extrapola a competência que lhe é imposta pela própria Constituição Federal de 1988.

À Suprema Corte cabe a guarda da Constituição Federal por expressa disposição do Constituinte Originário, precipuamente através do controle de constitucionalidade das normas, que permite ao STF legislar de maneira negativa, mas nunca de maneira positiva de modo a criar direito novo, sob clara violação à Separação dos Poderes.

Recentemente, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, impetrado perante o Supremo decorrente de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decretou a expedição de mandado de prisão contra um acusado que teve a sentença condenatória confirmada em segundo grau, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, mudou a jurisprudência pacificada da Corte que considerava a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória incompatível com a Constituição Federal, tendo em vista que negaria o sentido do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da CF/88, de modo que com a referida decisão o STF possibilitou a execução provisória da pena, mais tarde vindo a reafirmar o novo entendimento com o julgamento de medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade nº 43 e 44, flexibilizando assim o princípio da presunção de inocência.

Desta feita, diante da vasta divergência de posicionamentos que se instalou no âmbito doutrinário e jurisprudencial, faz-se necessário fazer uma análise acerca do exercício da jurisdição constitucional brasileira, e até que ponto o STF tem legitimidade para decidir questões, que a despeito da omissão legislativa, configuraria clara usurpação da função legiferante conferida ao Poder Legislativo, bem como os efeitos que a prefalada decisão poderá causar na realidade de milhares de indivíduos sujeitos à execução da pena tão somente com a confirmação da decisão condenatória em segunda instância, ou seja, antes mesmo que o provimento jurisdicional transite em julgado, principalmente diante do contexto de falência do sistema carcerário brasileiro que está longe de cumprir a sua função precípua que é dar uma resposta à sociedade pela prática de um crime punindo o delinquente, e em contrapartida,

permitir ao apenado que seja ressocializado, ao ponto de poder ser reinserido na sociedade e desencorajado ao cometimento de novos delitos.

Destarte, no primeiro capítulo busca-se traçar um panorama do atual contexto da jurisdição constitucional brasileira, notadamente em matéria criminal, refletindo primeiramente acerca do ideal constitucional, consubstanciado na concepção de Constituição como um documento escrito que rege a vida estatal e está erigida a título de norma fundamental de um Estado Democrático de Direito, sendo constituído no instrumento de validade de toda a legislação infraconstitucional, em um segundo momento busca-se analisar a evolução da jurisdição constitucional brasileira e posteriormente o exercício da jurisdição constitucional pelo STF.

No segundo capítulo, será analisado como a justiça criminal se dá no âmbito da Suprema Corte, de modo que se busca traçar os principais contornos do sistema de justiça criminal no Brasil de uma ótica garantista, e a busca do STF pela efetivação do sistema de justiça criminal, analisando-se ainda a competência do Supremo em matéria criminal, observando-se ainda como se dá a composição do órgão, o acesso e o julgamento das questões que chegam à Suprema Corte.

No terceiro capítulo objetiva-se analisar o princípio da presunção de inocência, sob o panorama de direito fundamental, insculpido no bojo do artigo 5º da Constituição Federal, e portanto, erigido a título de cláusula pétrea, em seguida analisando o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, que possibilitou o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, posteriormente se buscará analisar o julgamento das medidas cautelares nas ADC's nº 43 e 44, que objetivavam suspender a execução da pena de todos os processos que tiveram a sentença condenatória confirmada em segunda instância com a consequente decretação de prisão do acusado, além de declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que com a nova redação dada pela Lei 12.403 de 2011, condiciona a execução de pena ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, afirmando assim o Texto Constitucional e o princípio da presunção de inocência.

A análise do tema em estudo é imprescindível à compreensão do exercício da jurisdição constitucional pelo STF, traçando os limites desta atuação e até onde o Supremo “guarda” a Constituição e o sentido constitucional das normas, ou transcende a sua função constitucionalmente estabelecida, avocando para si competência pertencente a outro Poder.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Ideal constitucional

A concepção de Estado está intrinsecamente ligada à ideia de Constituição em um sentido amplo, sendo esta a lei fundamental de um Estado. A Constituição é, assim, um conjunto de normas e princípios jurídicos, que age como instrumento garantidor de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que regulam a própria organização Estatal, limitando o poder do Estado. A Constituição também está erigida a título de norma suprema de um Estado de Direito, de modo que, atribui validade a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como estabelece os mecanismos jurídicos necessários e suficientes à garantia e observância da supremacia da Constituição na ordem jurídica de um país.

Nas palavras de Uadi Lammego Bulos a Constituição traduz-se em um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade¹.

Na lição do constitucionalista José Afonso da Silva:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado².

Na antiguidade imperava a força, exercida por cada indivíduo, posteriormente, pelos chefes das famílias e das tribos. Com o surgimento de mitos e deuses, sempre vingativos e cruéis, o poder passa a pertencer aos líderes religiosos. Com o nascimento das primeiras civilizações surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Neste contexto, surgem os hebreus, consagrando o monoteísmo e a ideia de lei como ato divino, que mais tarde deu origem a tradição judaico-cristã.

Na Grécia, mais especificamente em Atenas, manifesta-se o primeiro grande precedente de limitação do poder, baseado na supremacia da lei e não dos homens. Segundo Luís Roberto Barroso, Atenas, embora tivesse sido uma potência territorial e militar de

¹ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

² SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 37 e 38.

alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático, que na essência, significa a supremacia da lei e limitação do poder³.

Apesar de a ideia de constitucionalismo remontar ao Século V antes de Cristo, o termo constitucionalismo apenas passou a integrar o vocabulário político e jurídico ocidental a partir dos processos revolucionários dos Estados Unidos e da França. Processos estes, que culminaram em uma nova percepção de Estado: o Estado atrelado ao Direito.

A partir do Século XX começam a surgir as “Constituições”, estas, como documentos históricos escritos que norteiam a vida Estatal. No entanto, nem sempre a adoção do ideal constitucionalista estará vinculada à edição de um documento escrito, como é o caso da Inglaterra. No contexto das Grandes Guerras, as constituições não figuram apenas como norteadores da conduta estatal, mas sim como um diploma legal de observância obrigatória. É nesse contexto que surge o Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo tem duas ideias centrais, a primeira é o reconhecimento de força normativa à Constituição: a Constituição passa a estar no ápice do ordenamento jurídico. Na lição de Luis Roberto Barroso as normas constitucionais desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema⁴. No mesmo panorama, o segundo grande marco do Neoconstitucionalismo foi à expansão da jurisdição constitucional, de onde surge a ideia de “controle de constitucionalidade das leis”. No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis veio a ter notoriedade apenas com a Constituição Federal de 1988, de forma diferenciada da maioria dos demais países, possibilitando-se, inclusive, o controle de constitucionalidade por meio de ações diretas⁵.

1.2 A Jurisdição Constitucional e sua evolução.

O sentido de jurisdição constitucional está intrinsecamente ligado à existência e proteção de uma Constituição, ou seja, a norma fundamental que dá validade a todo o ordenamento jurídico, baseado no princípio da supremacia da Constituição, materializado através dos vários tipos de controle de constitucionalidade adotado por cada Estado,

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 36 (pdf).

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 348 (pdf).

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Aula de Direito: Especialista traça histórico de direito Constitucional. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>> Acesso em: 16 set. 2016.

enfazando-se os modelos originários da França e dos Estados Unidos da América. Neste sentido, Glauco Salomão Leite ensina que a própria existência de uma jurisdição constitucional está voltada para a proteção da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica⁶.

A jurisdição constitucional é o ato de dizer o direito dentro de um processo, com o objetivo de aferir ou fiscalizar legalidade ou constitucionalidade de determinada norma, tomando por base os postulados estabelecidos na Constituição. Segundo J. J. Gomes Canotilho pode-se conceituar a jurisdição constitucional como o ato de decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização de constitucionalidade ou de fiscalização de legalidade⁷.

Neste sentido, preleciona o professor José Afonso da Silva:

A jurisdição constitucional, em sentido estrito, consiste na entrega aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E mais amplamente (sentido próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais⁸.

O modelo de jurisdição constitucional estadunidense teve como marco histórico o caso *Marbury versus Madison*, onde o juiz Marshall, declarou a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Americano em face da Constituição Federal Americana. Estabeleceram-se as bases do controle de constitucionalidade difuso diante do reconhecimento da supremacia da Constituição e conseqüentemente, da máxima de que todas as normas do ordenamento jurídico estão vinculadas à Constituição, cabendo tanto aos juízes singulares quanto à Corte Constitucional prezar pelo controle de legalidade e constitucionalidade das leis⁹.

Em contrapartida, na França, diante da preocupação de que as decisões dos juízes e tribunais pudessem violar os direitos conquistados na Revolução Francesa, em decorrência do histórico de arbitrariedade e desconfiança que permeava as instituições judiciárias, coube ao judiciário francês apenas a subsunção do caso concreto à norma, de modo que não havia um

⁶ LEITE, Glauco Salomão. SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. 2007. 222f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 69.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 905.

⁸ SILVA, José Afonso da. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO BRASIL. Disponível em: <file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Dialnet-JurisdicaoConstitucionalDaLiberdadeNoBrasil-1976148%20(1).pdf> Acesso em: 27 set. 2016.

⁹ SANTOS, Dulcineia Moreira dos. Origem e Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional. DomTotal. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/32801/origem-e-evolucao-historica-da-jurisdicao-constitucional/print> Acesso em: 16 set. 2016.

órgão especializado em controle constitucional. Deste modo, o Senado incumbiu-se na tarefa de guarda da Constituição, bem como de sua interpretação e a defesa das liberdades públicas. Sendo difundido, desta forma, o controle político da Constituição, havendo uma preponderância do Legislativo sobre os demais poderes.

Pressionada por países como a Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, diante do contexto pós II Guerra Mundial, a França criou um órgão que seria responsável pelo controle da atividade legislativa, o Conselho Constitucional (*Conseli Constitutionnel*), órgão este que não fazia parte do Poder Judiciário Francês e que mais tarde viria a ser identificado como Tribunal Constitucional. Até a reforma constitucional de 2008 o *Conseli Constitutionnel* exercia apenas o controle de constitucionalidade preventivo e não repressivo, desta forma não podia se manifestar acerca de leis já promulgadas. Após a reforma constitucional de 2008 possibilitou-se que o *Conseli Constitutionnel*, através do instituto da “questão prioritária constitucional”, se manifestasse sobre leis já promulgadas e que, supostamente, seriam atentatórias aos direitos e garantias constitucionais. Neste sentido ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Atenta a esse fenômeno, a reforma constitucional de 23 de julho de 2008 inseriu no ordenamento jurídico francês a questão prioritária de constitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*). Este instituto possibilita que disposição normativa já promulgada, mas supostamente atentatória aos direitos e liberdades constitucionais, seja submetida ao Conselho Constitucional para que o órgão verifique a constitucionalidade da norma¹⁰.

Diferentemente de outros países, como por exemplo, os Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade é exercido por uma Corte Constitucional, no Brasil o controle de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que apesar de lhe competir a guarda da Constituição, competência estabelecida constitucionalmente, no *caput* do art. 102 da Constituição Cidadã de 1988¹¹, o STF acumula funções de suprema corte, tendo caráter de última instância de corte de apelação.

Não obstante, a ideia de jurisdição constitucional não está limitada ao conceito de controle de constitucionalidade ou a análise da adequação formal e material das normas infraconstitucionais ao Texto Maior. A jurisdição Constitucional, igualmente atua na defesa e concretização dos direitos e garantias fundamentais, na solução de conflitos entre os poderes

¹⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. A evolução da jurisdição constitucional na França. Consultor Jurídico, 15 jun. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>> Acesso em: 16 set. 2016.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

constituídos e entre as ordens parciais do Estado, ainda que o cumprimento dessas funções se efetue, não raras vezes, mediante controle de normas¹².

1.3 A Jurisdição Constitucional Brasileira e seu exercício pelo Supremo Tribunal Federal.

A Jurisdição Constitucional Brasileira tem evoluído gradativamente ao longo da história do país, tendo como marco inicial na história do Direito Brasileiro a Constituição de 1824, que outorgou a defesa e guarda da Constituição ao Poder Legislativo, bem como o exercício da Jurisdição Constitucional.

Analisando brevemente a evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil, pode-se observar que, com a promulgação da Constituição de 1891, especialmente pela influência de Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano, difundiu-se o modelo de controle-jurídico difuso de constitucionalidade¹³, reconhecendo-se ao Supremo Tribunal Federal, o caráter de Tribunal de última instância para decidir questões de validade e aplicação de leis federais; a Constituição de 1934 inovou, de modo que foi outorgada ao Senado Federal a competência para suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; já a Constituição de 1946 permitiu que o controle difuso de constitucionalidade fosse exercido pelo STF em sede de recurso extraordinário¹⁴.

Dando-se um salto na história, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se tem o modelo de Jurisdição Constitucional como é exercido hodiernamente, bem como, o Supremo Tribunal Federal como guarda máximo da Constituição, devendo velar pela observância dos preceitos nela exarados, assim também pela defesa dos direitos e garantias constitucionais estabelecidos na Magna Carta.

A Constituição Cidadã de 1988 difundiu o modelo concentrado de constitucionalidade das leis, de modo que, o art. 102, inciso I¹⁵, do referido diploma, dispõe que o Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição, é o órgão competente para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais, bem como, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. É com base na implementação desse novo modelo de controle de constitucionalidade que o modelo

¹² LEITE, Glauco Salomão. SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. 2007. 222f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 74.

¹³ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Brasileiro torna-se um dos mais modernos do mundo, principalmente por estender o rol de legitimados a proporem as referidas ações perante o *Pretório* Excelso, possibilitando que questões constitucionais de extrema relevância para a sociedade fossem analisadas pelo Supremo. Destarte, o STF, na qualidade de Tribunal Constitucional, atua como legislador negativo direto, proferindo decisões de eficácia *erga omnes*.

No que tange ao controle de constitucionalidade difuso, apesar de a Constituição Federal ter diminuído sobremaneira esta forma de controle, não o extinguiu, permitindo-se que qualquer Tribunal aprecie a constitucionalidade de lei ou ato normativo através da via de exceção, devendo ser suscitada por qualquer das partes de um processo¹⁶.

Observa-se que igualmente às Cortes Constitucionais de determinados países, como Estados Unidos e França, onde tanto o controle de constitucionalidade das leis, como o conteúdo das decisões exaradas por estes órgãos é eminentemente político, o Supremo Tribunal Federal, tem decidido questões de extrema relevância para a sociedade, que antes não compunham a sua alçada, mas cabiam exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo, como por exemplo, a vedação ao nepotismo, a possibilidade ou não de pesquisas com células tronco, a definição do que deve se entender por entidade familiar dentro do ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo, dentre várias outras questões de caráter eminentemente político, social e até mesmo moral que permeiam o conteúdo das decisões do STF nos últimos anos.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal tem protagonizado a transformação da vida social brasileira em decorrência da maneira como exerce a Jurisdição Constitucional, sendo desta forma, o precursor de mudanças paradigmáticas na interpretação da norma constitucional, que refletem diretamente na esfera da aplicação do direito pelos juristas e demais órgãos do Judiciário, bem como no âmbito social. Podendo-se citar como exemplo, o caso em que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma interpretação “conforme a Constituição” reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, contrapondo-se ao disposto no artigo 1.723 da Lei 10.406 de 2002 (Código Civil Brasileiro), que dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família¹⁷”.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

¹⁷ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro).

Atualmente, através do julgamento do RE 878694¹⁸, com repercussão geral reconhecida, o plenário do Supremo Tribunal Federal discute a legitimidade do tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, onde até o momento sete Ministros votaram pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, consubstanciado no entendimento de que a Constituição Federal equipara o regime de união estável e o casamento, inclusive para o fins de sucessão¹⁹, ocasião em que o Ministro Dias Toffoli suspendeu o julgamento do RE através de pedido de vistas.

Deste modo percebe-se a importância do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos e garantias fundamentais através da interpretação do Texto Constitucional no exercício da Jurisdição Constitucional, no entanto, o que se indaga é até que ponto o Supremo poderá ditar as regras de interpretação da Constituição de modo a não ir de encontro aos fundamentos da segurança jurídica, tão prezada e estimada em um Estado Democrático de Direito, bem como, qual o limite de atuação que o *Pretório* Excelso deve obedecer para que não trasmude-se de guarda da Constituição para “usurpador” da Lei Maior.

É cediço por todos que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabelece como Poderes da República, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, devendo estes coexistir independente e harmonicamente entre si (*Check and Balances*)²⁰, consagrando assim o princípio da separação dos Poderes. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de severas críticas pelos aplicadores do direito, bem como, têm se levantado inúmeros questionamentos acerca da atuação do STF no exercício da Jurisdição Constitucional com o fim de se estabelecer o limite de sua atuação, e se diante da conjuntura político-jurídica atual o STF tem ultrapassado os limites da sua competência e invadido a competência dos outros Poderes.

Tal questionamento tem se estabelecido, principalmente, diante da recorrente ineficiência do Poder Legislativo e Executivo em garantir a efetivação de direitos fundamentais através da edição de leis e decretos. De modo que, por vezes, o Supremo

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694. Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809#>> Acesso em 27 set. 2016.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>> Acesso em: 23 set. 2016.

²⁰ Também conhecida como Teoria dos Freios e Contrapesos, a teoria do *Checks and Balances* desenvolvia por Montesquieu e consagrada na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 2º, estabelece a harmonia e a interdependência entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de modo que nenhum dos Poderes se sobreponha a outro, sendo reflexo de tal premissa que nenhum Poder é absoluto por expressa disposição constitucional, quando ao tratar da divisão dos Poderes a própria Constituição Federal de 1988 estabelece a possibilidade de cada Poder exercer funções atípicas.

Tribunal Federal, tem exercido um papel criativo, e decidido acerca de questões de relevante interesse social, como já se expôs, questões estas que ainda não foram regulamentadas por lei, ou o sendo, não acompanharam a evolução da sociedade, de modo que se tornam ineficazes, antecipando-se assim à formulação de ato normativo formando um precedente jurisprudencial.

Esta situação entende-se por verdadeiro “Ativismo Judicial”, que segundo Elival da Silva Ramos, pode ser definido como:

(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário, fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto ao seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas²¹.

Para a melhor doutrina o ativismo judicial deve ser rechaçado, pois constitui verdadeiro instrumento de usurpação da competência legiferante pelo Judiciário, sendo considerado ainda um instrumento de fraude à constituição, neste sentido é o entendimento de Bulos, segundo o qual o ativismo judicial é conceituado como:

(...) o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo. Trata-se de um perigoso veículo de fraude à constituição, podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arrepio da cláusula da separação de Poderes (CF, art. 2º)²².

Na conjuntura político-jurídica atual do país, principalmente diante de casos de repercussão nacional e até internacional, como é o caso da operação Lava-Jato, onde em paralelo à sua execução o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos julgou improcedente o HC 126.292²³, no qual se discutia a legitimidade de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmando decisão condenatória de primeira instância, determinou o cumprimento de pena após a confirmação em segundo grau, antes do trânsito em julgado da decisão, o STF mudou sua jurisprudência consolidada possibilitando assim o cumprimento antecipado de pena, contrariando dispositivo constitucional erigido à qualidade de cláusula pétrea, questão esta a ser debatida nas páginas subsequentes deste trabalho.

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²² BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 442.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 17 fev. 2016.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA PENAL

2.1 A justiça criminal no âmbito da Suprema Corte

O sistema de justiça criminal brasileiro tem seus alicerces estabelecidos na Constituição Federal de 1988, tendo sua estrutura orientada pelo princípio processual penal acusatório (não ortodoxo), que como leciona Geraldo Prado, traduz-se na garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de sorte que o sistema processual penal estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é espécie do sistema constitucional, que deriva do sistema político²⁴.

Prevê o sistema acusatório, a distribuição das funções atinentes à persecução penal a sujeitos processuais distintos, cabendo, no ordenamento jurídico brasileiro, o papel de acusador ou detentor da titularidade da ação penal, em regra, ao Ministério Público; o papel da defesa, aos Advogados, regularmente inscritos nos quadros OAB, inclusive à Defensoria Pública; e por fim, o papel de julgador ao Estado-Juiz, onde a função judicante é exercida pelo Poder Judiciário. No ordenamento jurídico-penal brasileiro, ao julgador é imposta a obrigação de julgar com imparcialidade, devendo decidir de acordo com sua íntima convicção motivada, excepcionando-se apenas os casos de crimes dolosos contra a vida, onde a competência de julgamento é do Tribunal do Júri, composto por juízes leigos, escolhidos dentre o povo, que julgam baseados apenas na sua íntima convicção, independente de motivação.

A Constituição da República de 1988 traz em seu bojo vários princípios e direitos fundamentais relacionados ao Direito Penal e Processual Penal, que em sua essência visam à tutela da vida e da liberdade, atuando como limitadores do poder punitivo estatal. Atrelado a esses princípios a Constituição traz uma série de garantias fundamentais que servem à observância dos princípios e efetivação dos direitos fundamentais nela expostos, tais como, reserva legal, irretroatividade da lei penal, salvo quando resultar em benefício para o réu, individualização de pena, devido processo legal, juiz natural, presunção de inocência ou de não culpabilidade, dentre outros.

²⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.: 55.

Destarte, nota-se que a Carta Magna de 1988 recepcionou o modelo de Direito Penal Garantista, desenvolvido por Luigi Ferrajoli como um parâmetro de racionalidade, justiça e de legitimidade da intervenção punitiva²⁵, como forma de observância à supremacia Constitucional. O modelo Garantista, nas palavras do próprio Luigi Ferrajoli, em entrevista ao Jornal Estado de Direito:

É um modelo normativo de direito que nasceu e se desenvolveu no Direito Penal como um sistema de limites às autoridades punitivas, como garantia de direitos da liberdade. Todavia, o garantismo é um modelo normativo de direito que pode se estender à garantia de todos os direitos fundamentais, não só em relação aos direitos da liberdade, mas também aos direitos sociais, civis e políticos, podendo ainda representar a outra face do pós-constitucionalismo e o fundamento de uma teoria de democracia constitucional, como um sistema de limites a todos os poderes²⁶.

A adoção do modelo Garantista pela Constituição da República, no que diz respeito a matérias de Direito Penal e Processual Penal, resulta na utilização do Processo Penal como instrumento de garantia de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, agindo como limitador do poder punitivo estatal de modo a materializar a concepção de direito penal mínimo, desenvolvida por Ferrajoli, que na sua essência constitui a máxima de que na atuação do Direito Penal “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune²⁷”.

Este entendimento consubstancia-se no princípio da presunção de inocência, adotado pelo Constituinte de 1988 e erigido a título de cláusula pétrea, por quanto elencado no rol do art. 5º, da CF/88, que deveria ser a força motriz do Processo Penal Brasileiro em uma ótica de direito penal mínimo onde o principal objetivo é a não condenação do inocente.

Neste contexto, têm-se que, a Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional Processual Penal, estabelecem diretrizes e instrumentos de limitação punitiva a serem observadas pelos órgãos de desenvolvimento e aplicação da justiça criminal no Brasil, sendo obrigatória a busca da efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente postos quando da persecução penal, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quer seja pelo acesso às pautas de julgamento através da sua competência criminal originária, da competência recursal ou ainda quando do julgamentos de ações diretas de

²⁵ Direito Penal Mínimo: sua conformidade com o Garantismo Penal. JusBrasil. Disponível em: <<http://givaldocosta.jusbrasil.com.br/artigos/159254361/direito-penal-minimo-sua-conformidade-com-o-garantismo-penal>> Acesso em: 26 nov. 2016.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli e o Garantismo Penal. Carmela Grune – Jornal Estado de Direito. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mwsbEV1tKvg&t=192s>> Acesso em: 26 nov. 2016.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2002, p. 85.

inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, quando versarem sobre matéria penal.

Todavia, o que se observa é que, em sua maioria, desde a atuação dos juízos criminais de primeiro grau, até a decisão de questões de repercussão geral sobre matérias de Direito Penal e de Processual Penal no âmbito do STF, há um desatendimento generalizado de direitos e garantias constitucionalmente postos, iniciando-se desde a fase pré-processual da persecução penal, havendo clara manifestação da falibilidade do sistema de justiça criminal brasileiro no que concerne à observância das garantias constitucionais e consequente efetivação dos direitos constitucionais, pertencentes a todos os cidadãos que vivem sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

É espantoso o grau de inobservância a princípios basilares do direito constitucional processual-penal pelos órgãos judicantes quando do exercício da justiça criminal brasileira, especialmente em relação aos juízos de primeira instância, muitas vezes não há observância da razoável duração do processo, de modo que processos relativamente simples tramitam por anos nas varas criminais, por vezes em situações onde o acusado encontra-se preso cautelarmente sendo esquecido nos presídios sob condições desumanas; há violação ao princípio da ampla defesa, como por exemplo, em processos para a apuração de determinados crimes onde uma prova pericial seria determinante para a absolvição do acusado, sendo-lhe negada pela ineficiência estatal, de modo que as sentenças proferidas pelo “juízo a quo” fundamentam-se muitas vezes apenas em um suposto reconhecimento do acusado feito pela vítima.

No âmbito do STF os contornos da justiça criminal brasileira têm sofrido mudanças consideráveis nos últimos tempos, com decisões imediatistas que resultam em entendimentos no mínimo questionáveis, que por versarem acerca de matérias de repercussão geral, especialmente na área criminal, onde se lida com bens jurídicos como vida e liberdade, de modo que tais decisões tornam-se parâmetros para outras decisões em todos os graus de jurisdição, causando perplexidade no meio jurídico.

Recentemente com a mudança da jurisprudência pacificada do STF que estabelecia a impossibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entendendo agora a Egrégia Suprema Corte ser plenamente possível o cumprimento de pena de prisão com o acórdão confirmatório da sentença penal condenatória, inclusive, estando este entendimento em consonância com a presunção de inocência, na ótica do STF. Desta feita a Suprema Corte tem relativizado sobremaneira, princípios como a presunção de inocência e a segurança jurídica.

A atuação do STF, no que diz respeito à efetivação da justiça criminal brasileira, tem trilhado caminhos duvidosos, haja vista, quase que como um atendimento ao clamor social, e como forma de dar uma resposta efetiva à sociedade acerca de casos esdrúxulos de corrupção que tem infectado todo o sistema de governo brasileiro, a Suprema Corte tem quase que fechado os olhos para as repercussões que decisões como esta causam nos demais níveis da jurisdição, havendo uma flexibilização de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente postos, há a retirada do ordenamento de segurança jurídica, postulado tão prezado e construído com salutar esforço ao longo da história do Direito Brasileiro.

Saliente-se ainda que, no nosso ordenamento jurídico, o acusado deve ser tido como sujeito de direitos e não como objeto do processo penal, cabendo principalmente ao STF o zelo por este princípio. Neste sentido, vale trazer à baila o entendimento do Ministro Eros Grau acerca da matéria:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. 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 qual²⁸.

Outrossim, a aplicação da justiça criminal brasileira, bem como, o funcionamento do sistema de justiça criminal, têm se dado de modo a produzir um direito penal de emergência, imediatista, na maioria das vezes corroborado por um discurso político dotado de um alto grau de hermenêutica, no entanto sem embasamento jurídico. No âmbito da Suprema Corte não tem sido diferente, de modo que esta, mais decide politicamente do que juridicamente.

2.2 A competência do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal

Pode-se conceituar competência no âmbito jurisdicional como a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites postos pelo constituinte, bem como, pelo legislador infraconstitucional. Desta feita, competência passa a ser tida como um critério legalmente posto de delimitação do exercício jurisdicional. Neste sentido preleciona Nestor Távora, ao

²⁸ HIRECHE, Gamil Foppel El; Santos, Pedro Rafael Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência. Consultor Jurídico. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>> Acesso em: 24 nov. 2016.

dizer que “num universo de magistrados, a competência é conceituada como a medida ou delimitação da jurisdição²⁹”.

Ainda sobre a temática, Antônio Scarance Fernandes ensina que competência é a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e legislação ordinária. Fala-se, por isso, que a competência é o “limite da jurisdição”, ou a “medida da jurisdição”, ou ainda a “quantidade de jurisdição”³⁰.

Pelo caráter de *ultima ratio* que o Direito Penal detém, as bases da jurisdição e competência em matéria criminal estão alicerçadas na própria Constituição Federal, ficando a cargo da legislação infraconstitucional penal e processual penal, a complementação do Texto Constitucional, de modo que se possa conferir funcionalidade à jurisdição penal.

Como já exposto, ao Supremo Tribunal Federal compete precipuamente à guarda da Constituição Federal, atuando como defensor de direitos e garantias fundamentais, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário, no entanto, também lhe cabe, por expressa disposição constitucional, processar e julgar matérias relativas a direito penal e processual penal, dentre outras.

Em observância ao princípio da taxatividade constitucional das competências do STF, a competência do Supremo em matéria penal está estabelecida em *numerus clausus* no art. 102 da Constituição Federal³¹, de modo que o referido dispositivo estabelece a competência originária do Supremo em matéria criminal, sendo assim à Egrégia Corte compete o processamento e o julgamento dos crimes comuns cometidos pelo Presidente da República, pelo Vice-Presidente, pelos membros do Congresso Nacional, por seus próprios Ministros, e pelo Procurador Geral da República, bem como compete ao STF processar e julgar os Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros dos Tribunais Superiores, membros dos Tribunais de Constas da União, e os chefes de missões diplomáticas de caráter permanente, no que diz respeito aos crimes comuns e de responsabilidade.

Desta feita, a Constituição Federal, ao delimitar a competência originária do Supremo em relação à prática de crimes comuns e crimes de responsabilidade, estabelece as bases para a instituição da chamada “prerrogativa de foro por função”, de modo que atualmente, as pessoas que ocupam cargos detentores de prerrogativa de foro por função junto ao STF chegam a quase novecentas.

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.: 379.

³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p.: 145.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Questão pertinente à temática foi uma questão de ordem levantada pelo advogado Márcio Thomaz Bastos na Ação Penal 470, o conhecido caso do “Mensalão”, processada perante a Corte Suprema³². Na ocasião o referido defensor suscitou o debate acerca da competência do Supremo para julgar réus que não possuem prerrogativa de foro por função. Postulava o advogado, pelo desmembramento do processo em relação a seu cliente, José Roberto Salgado, ex-executivo do Banco Rural. Pretendia ainda a análise da questão do ponto de vista constitucional e não apenas processual penal, alegando que a manutenção do processo, tal qual, se encontrava, iria de encontro a pelo menos dois princípios fundamentais, o juiz natural e o duplo grau de jurisdição³³.

A questão foi decidida e por nove votos a dois o STF rejeitou o pleito visto que a matéria já havia sido discutida no Plenário do STF, estando assim preclusa. Lembrou ainda o Ministro Luiz Fux, que a competência originária do Supremo não impede a atração de causas conexas³⁴.

Vale destacar que, à Suprema Corte Norte-Americana, que serviu de inspiração para a instituição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, não foi atribuída competência originária em matéria criminal, semelhantemente ao Brasil, ficando, a seu cargo apenas o processamento e julgamento de questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e ainda àquelas situações em que se achar envolvido algum Estado.

Não existe, no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana, foro por prerrogativa de função nem mesmo em relação a seus próprios membros, de modo que se um Juiz da Suprema Corte cometer um crime comum será julgado pelo júízo competente do local do fato, quer seja por um juiz togado ou por júri popular, em primeira instância, por ser o foro por prerrogativa de função, na ótica americana, absolutamente incompatível com o regime democrático³⁵.

Ao STF compete ainda, originariamente, o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem como das ações declaratórias de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, como é o caso

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470 Minas Gerais. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2016.

³³ HAIDAR, Rodrigo. Mensalão traz debate sobre competência penal do STF. Consultor Jurídico, 25 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/mensalao-traz-debate-extensao-competencia-penal-supremo>> Acesso em: 13 nov. 2016.

³⁴ BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. Ministros do STF rejeitam desmembramento do mensalão. Consultor Jurídico, 02 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/ministros-supremo-decidem-julgar-mensalao-integra>> Acesso em: 13 nov. 2016.

³⁵ ALVARENGA, Aristides Junqueira. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processo e julgamento de crimes. Migalhas, 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e>> Acesso em 13 de nov. 2016.

das ADC's 43 e 44, julgadas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, onde a Corte Suprema decidiu que o art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro não obsta o início da execução penal com a confirmação da decisão condenatória em segunda instância, estabelecendo o instituto da execução provisória da pena e rechaçando a sua jurisprudência consolidada. As referidas ações declaratórias de constitucionalidades e seus julgados serão objeto de discussão em momento oportuno neste trabalho.

Ainda no que diz respeito à competência criminal do Supremo Tribunal Federal, o art. 102, inciso I, alínea 'j' da CF/88 estabeleceu que o Supremo é responsável pelo julgamento da revisão criminal de seus julgados.

Na esfera recursal, compete ao Supremo Tribunal Federal decidir matérias que lhe forem submetidas por via de recursos ordinários ou extraordinários, hipótese em que o Supremo analisa a questão em última instância³⁶, cabendo ainda ao Supremo Tribunal Federal, o julgamento de *habeas corpus*, quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão, sendo paciente qualquer das pessoas acima referidas, e os crimes políticos (art. 102, inciso II, alínea "a" e "b" da CF/88)³⁷.

Vale ressaltar que, apesar de o Código de Processo Penal o tratar como recurso, o *habeas corpus* não se enquadra na esfera recursal, visto que não pressupõe uma decisão não transitada em julgado, sendo uma ação autônoma de impugnação, podendo assim, ser impetrado a qualquer momento, inclusive, por qualquer pessoa do povo, independentemente de ter capacidade postulatória ou não.

Especificamente nos julgados de *habeas corpus* o Supremo Tribunal Federal tem influído no exercício da Justiça Criminal como um todo, de forma que a depender do contexto político-jurídico do Brasil, a Corte muda o entendimento de questões paradigmáticas. O STF, no julgamento do HC 84.078-7/MG³⁸, de relatoria do Ministro Eros Grau, estabeleceu o entendimento de que a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, violava o princípio da presunção de inocência, no entanto, como já relatado anteriormente, ao julgar o HC 126.292/SP³⁹, o Supremo Tribunal Federal muda sua jurisprudência, entendendo agora que a "execução antecipada da pena" é totalmente compatível com o princípio da presunção de inocência.

³⁶ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1314.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. 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. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2016.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 14 nov. 2016.

2.3 Composição, acesso e julgamento no Supremo

Atualmente o Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e de reputação ilibada, sendo estes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101 da CF/88)⁴⁰.

No entanto, nem sempre o STF foi composto da maneira estabelecida na CF/88, na primeira Constituição republicana (1891), por exemplo, o número de Ministros integrantes do STF era de quinze, a Constituição de 1934 reduziu este número para onze, sendo mantido pelas Constituições de 1937 e 1946, já a Constituição de 1967, acompanhando o Ato Institucional de 02 de outubro de 1965, estabeleceu o número de dezesseis Ministros para integrarem a Corte Suprema, mais tarde este número foi reduzido novamente para onze, o qual permanece até o presente momento⁴¹.

Segundo preconiza Uadi Lammêgo Bulos, a Constituição Federal determina que para se integrar o Pretório Excelso, é necessário que se atenda a seis exigências, quais sejam:

“Exigência de natureza administrativa – ser indicado pelo Presidente da República para, depois, ter a aprovação do Senado Federal (art. 52, III, a); exigência de natureza civil – ter mais de 35 e menos de 65 anos (art. 101, *caput*); exigência de natureza política – estar no pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 1º, I); exigência de natureza jurídica – ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV); exigência de natureza cultural – possuir notável saber jurídico (art. 101, *caput*); e exigência de natureza moral – lograr reputação ilibada (art. 101, *caput*)⁴².”

O STF, atualmente, é composto pelos Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Dias Toffoli (Vice-Presidente), Celso de Melo, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Nesta esteira, tem-se que atrelado à ideia de jurisdição constitucional, que no Brasil é exercida precipuamente pelo *Pretório Excelso*, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constitucionalmente estabelecido no art. 5º, inciso XXXV da *Lex Mater*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴³”.

Nestes termos, o princípio da inafastabilidade da jurisdição está erigido a título de princípio fundamental traduzido no direito de acesso à jurisdição onde qualquer indivíduo,

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.312.

⁴² BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.313.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

dentro da sua esfera de legitimação, pode pleitear provimento jurisdicional, que será exarado pelo órgão jurisdicional competente

No âmbito do Supremo, o acesso às pautas de julgamento, como já exposto dá-se através da materialização do direito de ação dos constitucionalmente legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, do recebimento das denúncias oferecidas pelo Procurador-Geral da República, da interposição dos recursos ordinários e extraordinários, quando reconhecida repercussão geral, bem como pela impetração de *habeas corpus* na forma estabelecida na CF/88.

Capítulo que tem causado grandes discussões no meio jurídico é o concernente ao julgamento das ações que tramitam no STF, a forma como o Supremo tem decidido, os argumentos de que têm se valido, bem como, a legitimidade e conformidade de suas decisões com o texto da Constituição Federal de 1988.

Nota-se que atualmente a carga de politização das decisões do STF beira ao absurdo, questões eminentemente jurídicas são decididas sem a menor carga de fundamentação jurídica, mas apenas política, o maior exemplo, é o julgamento do HC 126.292/SP e as ADC's 43 e 44. Um dos argumentos utilizados na fundamentação do julgamento do referido *habeas corpus* foi que “seria necessário ouvir a sociedade⁴⁴”, levando-se em conta tal assertiva e a maneira como o STF vem decidindo, observa-se que há uma contrariedade jurisprudencial no que diz respeito à tradição Garantista adotada pela Suprema Corte ao longo dos anos, onde o zelo pela observância e defesa das garantias e princípios constitucionais norteavam suas decisões, sem que a “voz da sociedade” tivesse peso de tamanha relevância.

É certo que a sociedade evolui rapidamente e que o Legislativo não acompanha a evolução da sociedade nem consegue atender as suas necessidades, mas a despeito deste fato, não pode o Judiciário, no exercício da judicatura, exercer sua função desconsiderando o direito posto e fundamentado no clamor social.

Ademais, com a enorme quantidade de processos que chegam ao STF, que segundo o pronunciamento feito pelo Ministro Luís Roberto Barroso, só do primeiro semestre deste ano chegam à monta de aproximadamente 44 mil processos, o Supremo criou o que se chama de “tribunal de decisões monocráticas”, haja vista, ser humanamente impossível o plenário da Egrégia Corte, decidir em conjunto essa infinidade de processos, ressaltando ainda que o fato

⁴⁴ HIRECHE, Gamil Foppel El; Santos, Pedro Rafael Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência. Consultor Jurídico. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>> Acesso em: 24 nov. 2016.

de ao STF competir o processamento e julgamento de crimes comuns cometidos por detentores da prerrogativa de foro por função, o Tribunal tem se detido à tais questões, ao passo que questões de repercussão geral ficam sobrestadas aguardando julgamento, como é o caso do RE 878694⁴⁵, que discute a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro.

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>> Acesso em: 23 set. 2016.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 O princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito

A presunção de inocência remonta à Revolução Francesa, sendo originada da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos (1789) traduzindo-se no sentido de que nenhuma pena pode ser imposta antecipadamente⁴⁶. Repercutiu mundialmente com a Declaração dos Direitos dos Humanos da ONU (1948), que no artigo 11º, item 1 estabelece que “toda pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”⁴⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, como alguns preferem, está erigido a título de cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVII, aduzindo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴⁸.

Levando-se em consideração a máxima de que a Constituição Federal é a Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, sendo assim, pressuposto de eficácia e validade de todo o ordenamento, é imprescindível que suas disposições de aplicabilidade imediata, como é o caso do art. 5º, LVII, sejam observadas, de modo que todo o ordenamento infraconstitucional esteja em plena consonância com a Constituição.

A legislação infraconstitucional brasileira, no mesmo sentido da Constituição Federal, cuidou de prever expressamente o primado da presunção de inocência no art. 283 do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei 12.403 de 2011, nos seguintes termos:

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 de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva⁴⁹.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal 1. 32º ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva. 2010, p. 89.

⁴⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 06 jan. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal Brasileiro).

O princípio da presunção de inocência constitui um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, agindo como limitador do arbítrio estatal e caracterizado como direito fundamental, de modo que o sujeito acusado da prática delitiva seja tido como um sujeito da persecução penal e não como objeto desta, de modo que lhe sejam garantidas todas as prerrogativas de um processo penal constitucional orientado pelo sistema acusatório e observado o devido processo legal.

Destaque-se ainda que no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, o ônus da prova cabe ao órgão acusador, de modo que uma vez não provada a culpabilidade do indivíduo evoca-se a máxima do *in dubio pro reo*, ou seja, diante da insuficiência probatória, ou incerteza da culpabilidade do imputado, não admite-se o desfecho da ação penal em um provimento jurisdicional negativo ao acusado, devendo o julgador decidir à favor do mesmo, haja vista, este não ser obrigado a provar a sua inocência, mas sim, o titular da ação penal à provar a culpabilidade do réu, sendo o acusado presuntivamente inocente.

Segundo o Texto Constitucional supramencionado, nota-se ainda que o estado de inocência, ou de não culpa, do acusado perdura até que se estabeleça a imutabilidade da sentença penal condenatória com o seu trânsito em julgado, de modo que antes do trânsito em julgado da decisão que reconhece a autoria delitiva de determinado tipo penal, condenando o réu a uma pena, quer seja, privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária, o acusado é presumivelmente inocente, apenas cabendo o cerceamento de sua liberdade diante de situações excepcionais previstas em lei, mais especificadamente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, que dispõe acerca da prisão preventiva, bem como, nos moldes da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989 (Lei da prisão temporária).

Em suma, diante da necessidade de se proteger o bem jurídico liberdade, de modo a evitar o arbítrio estatal e encarceramentos desnecessários e abusivos, pela leitura do art. 5º, LVII da CF/88, conjugado com os demais dispositivos legais já mencionados, em tese, apenas se admite a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória quando, em se tratando de medida cautelar de extrema necessidade, a decretação da prisão figurar como garantia da ordem econômica, quando for conveniente à instrução processual ou quando assegure a aplicação da lei penal.

Neste sentido, aduzem acerca do princípio da presunção de inocência, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, *verbis*:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo o qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar a sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém poderá ser considerado culpado senão depois de

sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade⁵⁰.

Na mesma toada é o entendimento defendido por Fernando da Costa Tourinho Filho ao tratar do princípio da presunção de inocência, salientando ainda que a decretação de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sem que haja necessidade acautelatória, constitui flagrante inconstitucionalidade da medida, nestes termos preleciona, *in verbis*:

Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presuntivamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. (...). Do contrário, o réu estaria sofrendo uma pena antecipadamente, e isso violenta o princípio da presunção de inocência. Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional. Se se pretende dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, é muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência e mandar às favas o princípio da proibição das provas ilícitas⁵¹.

Ora, se na Constituição Federal do Brasil de 1988, o Constituinte Originário dispôs expressamente que não se pode considerar qualquer pessoa culpada antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, é absolutamente ilógico, na realidade carcerária do Brasil, decretar a prisão de alguém, quando não há qualquer motivo acautelatório a ensejar a sua prisão, ou quando o provimento jurisdicional condenatório não tenha transitado em julgado.

Aury Lopes Jr. dispõe que o princípio da presunção de inocência sintetiza-se em um dever de tratamento subdividido em duas dimensões, sendo uma interna e outra externa, de modo que dentro do processo, a presunção de inocência traduz-se no dever de tratamento por parte do juiz e do titular da ação penal, onde ambos devem tratar o réu efetivamente como inocente, concepção esta que em realidade não passa de uma utopia; defende ainda que externamente ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade e à estigmatização do acusado⁵².

Pelo exposto, não pode haver outra conclusão senão a de que a presunção de inocência é um direito fundamental, positivado, escrito e previsto na CF/88, é um direito que pertence a todo e qualquer acusado ou indiciado, de ver respeitado o seu direito de liberdade de locomoção, é um limitador ao abuso estatal e à inefetividade do sistema de justiça criminal

⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.: 72.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal 1. 32º ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 91 e 92.

⁵² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 364.

brasileiro, é a garantida de que não haverá prisão sem que transcorra um devido processo legal, agindo como garantidor das prerrogativas constitucionalmente previstas e instrumento para a correta aplicação da Lei Penal.

Este era o entendimento defendido pelo STF até o início de 2016, quando, por maioria de votos, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a Suprema Corte mitigou o princípio da presunção de inocência declarando, segundo uma “interpretação conforme a Constituição”, que apesar da literalidade do Texto Constitucional, a decretação da execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não ofende a presunção de inocência, prevalecendo o entendimento de que após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau, o duplo grau de jurisdição está garantido, e o princípio da presunção de inocência resta mitigado, haja vista, supostamente, existir uma “quase certeza” da culpa do acusado, efetivando-se assim a proibição da proteção deficiente do Estado.

Curiosamente a maioria dos Ministros do STF entendeu que a execução provisória da pena não viola a presunção de inocência, tampouco vai de encontro à Constituição Federal, apesar de ela expressamente estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em outras palavras, a decretação da prisão do “presuntivamente não culpado” é absolutamente compatível com a Constituição, na nova ótica do STF.

Neste ponto, vale reiterar que ao STF cabe o dever de guarda da Constituição, no entanto, o Supremo não é “dono” da Constituição, a prerrogativa que a Suprema Corte tem de interpretar a Constituição não lhe dá o poder de trasmudar o sentido do Texto Constitucional ao seu bel prazer.

A despeito de quem entende que a CF/88 não adotou o princípio da presunção de inocência, mas sim a presunção de não culpabilidade, posição também adotada como fundamento para a referida decisão, é imperioso que se diga que um indivíduo acusado da prática de uma infração penal ou é culpado ou é inocente, desta feita, a Constituição Federal expressamente assevera que não se pode considerar alguém culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, por óbvio que só se pode entender pela presunção de inocência deste indivíduo, ou da não culpabilidade do mesmo, haja vista, não haver qualquer diferença prática na diferenciação de nomenclatura.

Este é o entendimento esposado por Nestor Távora, ao declarar que “presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina, não havendo utilidade prática na distinção”⁵³.

Na atual conjuntura político-jurídica nacional, é certo que o Estado tem que tomar medidas drásticas e eficazes objetivando garantir aos cidadãos o mínimo de segurança e senso de justiça, no entanto, não há como resolver o problema da inefetividade e ineficácia do sistema de justiça criminal brasileiro derogando princípios constitucionalmente postos e mitigando direitos fundamentais.

Vale ressaltar, que um dos fundamentos que embasaram a referida decisão diz respeito à exclusão do sentimento de impunidade que paira sobre a quase totalidade da sociedade brasileira, procurando-se assim evitar a procrastinação do trâmite processual, que em verdade muitas vezes ocasiona a prescrição do crime cometido e a consequente impunidade do agente delitivo, no entanto, uma vez suprimido um mandamento constitucional, erigido a título de cláusula pétreia, sob o argumento de evitar a proteção deficiente estatal, abre-se um precedente para relativização de qualquer direito ou garantia fundamental.

A mitigação da presunção de inocência está longe de restaurar o falido sistema de justiça criminal, ou de minorar o cometimento de atos delituosos, ou de estabelecer uma certeza da efetivação do direito de punir do Estado, quando todo o sistema, principalmente o sistema carcerário está falido.

É imperioso que se destaque a posição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que ao atuar como *amicus curiae* nas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, movidas pelo Partido Nacional Ecológico e pela OAB, que serão melhor analisadas nos tópicos seguintes, defendeu a concepção de que a execução antecipada da pena irá desaguar em milhares de decisões injustas, apontando ainda que segundo estimativas da própria DPRJ, cerca de 41% dos recursos interpostos pelo órgão perante o Superior Tribunal de Justiça no sentido de absolver o réu, atenuar o regime de cumprimento de pena, reduzir a pena, ou ainda substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, são providos⁵⁴.

Desta feita, tem-se que, apesar de o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, constitucionalmente posto e corroborado pela legislação infraconstitucional, resta atualmente mitigado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.: 72.

⁵⁴ PRESUNÇÃO DE CULPA: Prisão antecipada aprofundará injustiças do sistema penal, diz Defensoria do RJ. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/prisao-antecipada-aprofundara-injusticias-defensoria-rj>> Acesso em: 11 jan. 2016.

3.2 Análise do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP

O *habeas corpus* 126.292/SP foi impetrado perante o Pretório Excelso contra uma decisão proferida pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Francisco Falcão, que indeferiu um pedido liminar feito no HC 313.121/SP, pedido este que objetivava garantir o direito de liberdade e locomoção do paciente Marcio Rodrigues Dantas, haja vista este ter sido condenado pela prática do delito de roubo majorado, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, ocasião em que a defesa, inconformada com o provimento jurisdicional negativo, interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este por sua vez, negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o então apelante⁵⁵.

Relatado pelo Ministro Teori Zavascki, o *habeas corpus* 126.292/SP foi apreciado no dia 17 de fevereiro de 2016 pelo pleno no STF, vindo a ser denegado por maioria 7 votos (Min. Teori Zavascki, Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Luiz Fux, Min. Cármen Lúcia, Min. Gilmar Mendes e Min. Dias Toffoli) a 4 (Min. Marco Aurélio, Min. Rosa Weber, Min. Celso de Mello e Min. Ricardo Lewandowski), de modo que o Supremo inverteu a jurisprudência pacificada desde 2009 com o julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG que, na ocasião relatado pelo Min. Eros Grau, assentou o entendimento de que a execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado é incompatível com o princípio da presunção de inocência, e por conseguinte, incompatível com a Constituição.

Com o novo entendimento o STF passa agora a afirmar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal⁵⁶.

A nova posição do STF em relação à execução provisória da pena fundamenta-se inicialmente na suposta busca de um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, aduzindo em seu voto, o Min. Relator Teori Zavascki, que uma vez exauridas as instâncias jurisdicionais ordinárias, superada estaria a presunção de inocência, haja vista estar encerrado definitivamente o exame de fatos e provas⁵⁷, de modo que os recursos de natureza extraordinária não configurariam

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 17 fev. 2016, Relatório.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 17 fev. 2016.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016, p. 6.

desdobramentos do duplo grau de jurisdição, portanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.

No entanto, é notório que a busca da efetividade da jurisdição penal está longe de ser alcançada com a mitigação de princípios constitucionais traduzidos em direitos fundamentais estabelecidos e erigidos a título de cláusula pétrea, a inefetividade da função jurisdicional penal e consequentemente do sistema de justiça criminal brasileiro não deriva da observância de princípios constitucionais como é o caso da presunção de inocência, mas sim da inobservância de princípios reitores e essenciais ao Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e agora, da própria presunção de inocência.

Nota-se que a decisão em comento também se fundamenta em um contraponto realizado através de um estudo comparado com outros países acerca do momento inicial da execução da pena, citando-se países como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha e França, bem como, o Min. Teori Zavascki faz alusão ao pronunciamento da Min. Ellen Gracie, quando do julgamento do HC 85.886, que dispôs que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema”⁵⁸.

Destarte, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro e do sistema prisional é absolutamente diferente da realidade dos países acima mencionados, em países como o Canadá a criminalidade é praticamente inexistente, são países em que os apenados ingressam nas penitenciárias para efetivamente cumprir a pena que lhe é imposta pela prática delitiva, de modo que o sentido retributivo da pena é efetivamente observado, bem como, no mais das vezes é possível a reinserção do apenado no seio da sociedade decorrente da real ressocialização do preso, realidade absolutamente oposta à realidade das prisões brasileiras, onde o apenado na maioria das vezes é praticamente “sentenciado à morte” com a segregação carcerária.

Inclusive, recentemente foi assentado pelo STF na ADPF 347⁵⁹ que o sistema penitenciário brasileiro está totalmente falido, encontrando-se este em um estado de coisas inconstitucional.

Por sua vez, ainda no que diz respeito ao julgamento do HC 126.292/SP, em seu voto, o Min. Edson Fachin aduziu o seguinte, *verbis*:

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 85.886. Brasília, 28 out. 2005.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator; Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015.

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade⁶⁰.

Com este entendimento, acompanhado pela maioria do STF, a Suprema Corte nega o sentido literal da norma estabelecida na Constituição Republicana de 1988, dando assim ineficácia a regra de tratamento estampada no Texto Constitucional, consistente na máxima de que ninguém pode ser tratado como culpado da prática de um crime antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, de modo que se antecipa um juízo de culpabilidade ao imputado, que em tese, é presumidamente inocente.

Neste sentido, é imperioso destacar que todos os Ministros que votaram no sentido de denegar o *habeas corpus* 126.292/SP, reiteraram inúmeras vezes que é necessário atender “à força” da lei quando esta nega efeito suspensivo aos recursos extraordinários, de modo que não haveria sentido em sujeitar a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no entanto, após uma análise minuciosa dos votos dos sete Ministros, observa-se que nenhum deles, salvo breve comentário do Ministro Luís Roberto Barroso, faz menção à regra estampada no art. 283 do Código de Processo Penal, de que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”.

Não obstante, um dos pontos mais relevantes e que conduzem a uma inclinação à possibilidade da execução provisória da pena é o “uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer” explanado pelo Min. Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento do HC em comento, ocasião em que foram relatados alguns exemplos emblemáticos de casos que levam a um real descrédito do Poder Judiciário, criando na sociedade um sentimento de insegurança e nos criminosos abastados uma quase que certeza de impunidade, a exemplo dos quais citou o caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado cometido em 20.08.2000, que transitou em julgado apenas em 17.11.2011, ou seja, mais de 11 anos após o cometimento do delito; citou também o caso do ex-Deputado Federal Natan Donadon, referente a crimes

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, Ministro Edson Fachin, 17 fev. 2016, p. 2 e 3.

cometidos entre 1995 e 1998, no qual a condenação pelo cometimento de peculato e à época, formação de quadrilha, apenas transitou em julgado após 19 anos de trâmite processual, bem como o caso do ex-Senador Luiz Estevão, que após ser condenado a 31 anos de reclusão por crimes cometidos no ano de 1992 e posterior interposição de 34 recursos, teve sua condenação transitada em julgado apenas em 2016, ou seja, mais de 23 anos após a prática delitiva⁶¹

É certo que casos como os acima citados expressam a ineficácia do sistema de justiça criminal brasileiro e refletem no descrédito do Poder Judiciário e no sentimento de impunidade que paira por toda a sociedade brasileira, no entanto, existem ainda mais, casos de condenações injustas e infundadas que resultam na supressão do direito de liberdade de indivíduos inocentes que nunca cometeram qualquer crime, muitas vezes custando sua própria vida, mas sob a necessidade de o judiciário dar uma resposta à sociedade pela prática de um crime, lhe são imputadas condutas delitivas, onde na prática, cabe ao réu provar sua inocência e não ao titular da ação penal provar a culpabilidade do imputado, em uma inaceitável e inconstitucional inversão do ônus probatório no processo criminal.

Cite-se, por exemplo, os casos de Fabiano Pereira Russi, que foi preso em São Paulo acusado do delito de roubo, por supostamente, ter sido reconhecido pelas vítimas, ocasião em que teve sua prisão decretada passando 4 anos preso, só depois foi inocentado e agora pleiteia indenização em juízo; o de Wagno Lúcio da Silva que, acusado de latrocínio, foi preso em 24 de outubro de 1997, sendo posteriormente condenado a 24 anos de reclusão, após oito anos de cumprimento de pena ingressou em juízo com uma ação de revisão criminal, na qual foi inocentado; o caso do advogado Aldenor Ferreira da Silva, que em 1980 foi condenado a 24 anos de reclusão pelo sequestro, extorsão e assassinato de um homem, ficando preso por um ano e sete meses, pois a suposta vítima foi presa em 1995, vindo o erro judicial a ser reconhecido apenas em 2011; outro caso emblemático é o caso de Valdimir Sobrosa, que ficou preso por 11 anos e 8 meses por um crime que não cometeu, o Estado do Rio de Janeiro foi condenado a lhe indenizar em R\$ 2.000.000,00⁶².

Casos como estes, em que inocentes são condenados por crimes que não cometeram são corriqueiros no país, a falibilidade da função jurisdicional penal é notória. Hodiernamente no âmbito forense observa-se casos de processos criminais que são conduzidos com o mínimo

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, Ministro Luís Roberto Barroso, 17 fev. 2016, p. 20.

⁶² CARDOSO, Antonio Pessoa. Erros Judiciais causam danos a inocentes. Migalhas. 8 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048-Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>> Acesso em: 16 jan. 2017.

de respeito às garantias constitucionais do acusado, na maior parte das comarcas e varas criminais do país não existe qualquer esforço para a elucidação dos fatos.

Apesar de a obtenção da verdade real ser praticamente impossível dentro de um processo penal, a verdade processual deveria nortear o processo criminal brasileiro, juntamente com outros princípios como *favor rei*, *in dubio pro reo* e presunção de inocência, mas o que ocorre é que primeiro se decide contra o acusado para depois buscar uma fundamentação para a decisão, e não o contrário. Para a condenação de um acusado basta a certeza da prática de um crime, desprezando-se a certeza da autoria delitiva.

Ora, se quando a presunção de inocência era afirmada pelo Supremo Tribunal Federal e orientava o processo penal como limitador do *jus puniendi* do Estado, já haviam condenações injustas, decretos de prisão sem qualquer fundamento lógico, e excessos desarrazoados, muito mais agora, com a mitigação da presunção de inocência, e no dizer do Min. Teori Zavascki, “sendo inteiramente justificável a inversão da presunção de inocência com o acórdão confirmatório da condenação de primeiro grau”⁶³, ocorrerão condenações injustas, aumentando ainda mais o sentido de insegurança jurídica existente na sociedade brasileira.

Registre-se ainda, que em se tratando dos efeitos dos recursos extraordinários em relação à aplicação da pena em confronto com o princípio da presunção de inocência, é de uma obviedade ímpar a concepção de que a regra estabelecida no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo a qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, deve ser lida em conformidade com o sentido da Constituição Federal, de modo que esta dispõe taxativamente que não se pode tratar como culpado aquele indivíduo sobre o qual não recaiu uma condenação transitada em julgado, ou seja, não caiba mais qualquer recurso da decisão. Já a presunção de inocência sob a ótica de uma interpretação conforme a constituição, não pode levar a outra conclusão que não seja a da literalidade da norma constitucional positivada pelo Constituinte Originário como a expressão da vontade do povo, qual seja, o acusado da prática delitiva é presuntivamente inocente até que o juízo de culpabilidade se estabeleça por uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016, p. 7.

Vale ressaltar o pronunciamento feito pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da APDF 144/DF⁶⁴, citado no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, *in verbis*:

(...) trago, finalmente, nesta minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período⁶⁵.

Estes dados citados no voto do Min. Celso de Mello, por si só, demonstram a necessidade de tutela da integridade do princípio fundamental da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haja vista não ser aceitável o progressivo esvaziamento do princípio da presunção de inocência diante da eventual sucessão de instâncias percorridas durante o trâmite processual, inclusive havendo possibilidade de o ingresso em instâncias superiores acarretar em um pronunciamento absolutório do caso concreto.

No entanto, como já exposto, o STF, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, entendeu pela compatibilidade da execução provisória da pena quando da confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, fundada em uma ponderação de princípios e em uma “interpretação conforme a Constituição” do artigo 5º, LVII da CF/88.

3.3 Flexibilização do princípio da presunção de inocência com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44

O julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, que apesar de não ter caráter vinculante, possibilitou o cumprimento antecipado da pena com a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, gerou uma grande discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial do país, havendo quem tratasse a chamada “execução provisória da pena” como um grande avanço para o direito brasileiro, e quem visse nesta decisão um enorme retrocesso, haja vista, o STF ter admitido a mitigação progressiva de um direito fundamental insculpido no art. 5º da Constituição da República.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator; Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 ago 2008.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Brasília, Ministro Celso de Mello, 17 fev. 2016, p. 15.

Em decorrência da enorme divergência de entendimentos acerca do tema e da possibilidade de milhares de acusados terem o direito de liberdade tolhido por decretos de cumprimento de pena ainda sujeitos à modificação, inclusive no sentido de absolver o acusado, o Partido Ecológico Nacional – PEN e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propuseram perante o Supremo Tribunal Federal, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44, ambas com pedido liminar no sentido de suspender a execução provisória da pena decretada por acórdãos prolatados em segunda instância, conformando-se ao entendimento estabelecido no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, apreciado pelo pleno da Suprema Corte em 07 de fevereiro de 2016.

Quanto ao mérito, a ADC n° 43 pleiteou a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que condiciona a execução da pena imposta em sentença condenatória ao trânsito em julgado da decisão, e que segundo a ótica do autor, amolda-se ao Texto Constitucional e afirma o princípio da não culpabilidade, ou presunção de inocência⁶⁶, expressamente disposto no art. 5º, LVII da CF/88.

Inicialmente, vale destacar que a ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no corpo da Constituição da República de 1988 pela EC n° 3/93, tendo o seu processamento e julgamento perante o STF regulados pela Lei 9.868 de 1999. A ação declaratória de constitucionalidade é um instrumento de proteção abstrata do Texto Constitucional, pelo qual se busca a declaração pelo Supremo da constitucionalidade de determinado ato normativo, tendo por finalidade única a defesa da ordem jurídica, notadamente através do banimento do estado de incerteza criado por interpretações tendenciosas e maliciosas do Texto Constitucional, criando, conseqüentemente, uma atmosfera de certeza e segurança nas relações jurídicas, de modo que a presunção de constitucionalidade *juris tantum*, a qual toda norma infraconstitucional detém, transmuda-se em presunção *juris et de juris*, ou seja, passa de presunção relativa à presunção absoluta de constitucionalidade, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em um processo objetivo, com efeitos *erga omnes*⁶⁷.

O pleito cautelar das ADC's n° 43 e 44 foi indeferido sob o argumento de que o art. 283 do Código de Processo Penal, “interpretado conforme a Constituição”, não impediria o início da execução da pena quando esta, fora confirmada em segunda instância, no entanto, no que diz respeito à constitucionalidade do art. 283 do CPP, o STF o declarou absolutamente constitucional.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016. Relatório.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316 e 317.

Desta feita, a mitigação da presunção de inocência foi reafirmada pelo STF no julgamento das liminares arguidas nas ADC's 43 e 44, de modo que, por 6 votos a 5, a Suprema Corte chancelou a relativização da presunção de inocência permitindo, através de uma “interpretação conforme a Constituição”, a execução da pena logo que prolatado o acórdão confirmatória da sentença penal condenatória.

O indeferimento de pedido de suspensão das decretações de prisão prolatadas em segunda instância com a confirmação da decisão condenatória de primeiro grau consubstancia-se no entendimento adotado pela maioria dos Ministros do Supremo de que diante do fato de a execução provisória da pena ser, supostamente, compatível com a Constituição Federal de 1988, o art. 283 do CPP, interpretado conforme a Constituição, não obstará a execução da pena quando esgotadas as instancias ordinárias, visto que estaria preclusa a análise fático-probatória da causa, apesar de o referido artigo dispor expressamente que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (...)”.

A efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados foi um dos principais argumentos sustentados pelo Ministro Barroso para indeferir a liminar suscitada, aduzindo ainda que, em sua ótica, a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra, podendo, assim, ser ponderada com outros princípios, ainda ressaltou em seu voto que a posição adotada pelo STF até janeiro de 2016, de que a execução provisória da pena é incompatível com o ordenamento jurídico constitucional, não estaria enquadrada em uma ótica garantista, muito pelo contrário, levaria a uma exacerbada procrastinação dos processos criminais, notadamente nos casos em que o processo é arrastado por anos através da sucessiva interposição de recursos meramente protelatórios, contribuindo assim para a aumento da sensação de impunidade e para o crescimento da criminalidade⁶⁸.

Salientou ainda o Min. Teori Zavascki, “que a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”⁶⁹, de modo que, os direitos e garantidas pertencentes ao acusado em momento algum poderá esvaziar o sentido de justiça que a correta aplicação do direito penal e processual penal deve dar à sociedade.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016. Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF admite a execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 21 jan. 2017.

Não obstante todos os argumentos elencados nos brilhantes votos dos Ministros que decidiram no sentido de indeferir a medida cautelar pleiteada, é imperioso que se destaque que diante da literalidade do Texto Constitucional, corroborado pela vontade do povo expressada através da edição da Lei 12.403 de 2011, que deu a atual redação do artigo 283 do CPP, não há outra possibilidade de interpretação que não seja a ideia de que, segundo a Constituição Federal, não há que se falar em cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há outro sentido que se possa extrair da semântica contida no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, de modo que o dispositivo supramencionado não poderia ser mais claro, sendo a culpa pressuposto da execução da pena, haja vista, não se admitir que um não culpado cumpra efetivamente uma pena.

Inclusive, esta é a posição adotada pelo Min. Marco Aurélio, quando do julgamento da medida cautelar na ADC nº 43, *verbis*:

Observem a organicidade do Direito, levando em conta o preconizado no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margens para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo para controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender⁷⁰.

Com a referida decisão, o STF distancia-se da taxatividade da norma Constitucional de modo que, negando a sua literalidade cria um novo tipo de prisão, em evidente afronta à Divisão dos Poderes, de modo que a prisão decorrente de acórdão confirmatório de sentença condenatória não se enquadra nem na concepção de prisão pena, haja vista esta consistir na prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, tampouco se enquadra na concepção de prisão processual, pois não tem caráter cautelar, ou seja, não objetiva resguardar o processo, mas sim antecipar a reprimenda ainda sujeita a modificação, inclusive, no sentido de absolver o acusado.

A alegação de que o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal não obsta a execução antecipada da pena, segundo uma interpretação conforme a Constituição, não merece guarida, haja vista, não haver o que se interpretar no referido dispositivo, estando este em plena conformidade com a Constituição Federal de 1988, tanto é que quando do

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016.

juízo do *habeas corpus* 162.292/SP, nenhum dos Ministros do STF se pronunciou acerca do dispositivo.

Destarte, quando do julgamento da cautelar nas ADC's n° 43 e 44, apesar de o Supremo reafirmar a execução provisória da pena, declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, e não poderia ser outra a conclusão acerca da constitucionalidade deste dispositivo, de modo que, uma vez negada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, o STF também haveria de negar a constitucionalidade de um dispositivo fincado na própria Constituição Federal de 1988, qual seja, o inciso LVII do artigo 5°, pois a redação daquele está em absoluta conformidade com a redação deste dispositivo, que, ao contrário da concepção adotada pelo Min. Luís Roberto Barroso, expressa a conformidade da legislação infraconstitucional com o sentido garantista insculpido no corpo da Lei Maior.

No mesmo sentido, o Min. Marco Aurélio asseverou no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, que quando determinado texto é suficientemente claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, *verbis*:

O preceito a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de interpretação de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar a vir à nossa testa⁷¹.

Cumpra ainda esclarecer, que a relativização da presunção de inocência gera efeitos irreversíveis na ceara individual de cada acusado sujeito à execução antecipada da pena, efeitos estes decorrentes da impossibilidade de se devolver o tempo ao sujeito, o Direito Civil permite a execução antecipada de sentença por que diante do fato de este ramo do direito tutelar bens jurídicos como o patrimônio, há a possibilidade de restituição ao *status quo*, no entanto, na esfera do Direito Penal, por se tratar da tutela de bens jurídicos como a vida e a liberdade, resta impossível a restituição destes bens quando que são retirados.

Uma vez preso, e depois posto em liberdade, quer seja por revisão da decisão condenatória estabelecendo regime de cumprimento de pena menos severo, ou diante do eventual reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado, fato que impossibilitaria a imposição da reprimenda, ou ainda mediante juízo absolutório reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não há possibilidade de restituição do período que o acusado, presumido inocente, passou encarcerado.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP. Brasília, Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016.

É evidente que não há possibilidade de uma antecipação do juízo de culpabilidade do acusado em um processo penal orientado pelo sistema acusatório, principalmente diante da superlotação dos presídios nacionais, bem como, do caos que vive o sistema carcerário brasileiro, com constantes e sangrentas rebeliões que desafiam a força do Estado e geram na sociedade uma sensação de insegurança.

Ainda faz-se necessário constatar que apesar de, especificamente, o STJ, não ter competência para analisar matéria fática e probatória, salvo os casos de competência originária do órgão, visto que essas matérias são analisadas pelas instâncias de primeiro e segundo grau de jurisdição, cabe ao STJ, analisar a correta interpretação de Lei Penal e Processual Penal, como leis federais que são, sendo que a análise da Lei Penal não limita-se à análise de fatos ou de provas, mas abrange também normas essenciais à configuração da culpa⁷².

Já se pacificou na jurisprudência do STJ, por exemplo, que o aumento da pena base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole aos elementos inerentes ao tipo penal⁷³, situação que significou a diminuição da reprimenda com a conseqüente execução da pena em regime menos severo, outro exemplo, foi o entendimento assentado pelo STJ de que para a configuração do delito de corrupção passiva, é indispensável o nexó de causalidade entre a conduta objeto da imputação e a prática funcional de competência do servidor⁷⁴, nota-se que com a execução provisória da pena, situações como estas podem significar o encarceramento de indivíduos que sofrerão os efeitos deletérios da prisão e apenas em sede de *habeas corpus* no STJ poderão ter seu direito de liberdade reconhecido, no entanto, como já mencionado alhures, não há como restituir o tempo em que alguém permanece encarcerado injustamente, independentemente de indenização, principalmente quando a acusação trata-se de crimes de índole sexual em que o preso sofre retaliações também de índole sexual por parte dos próprios colegas de cela.

No mais, segundo dados estatísticos trazidos ao julgamento das ADC's 43 e 44, do próprio STJ, a taxa de reversão de sentenças penais condenatórias no âmbito deste Tribunal, no período de 2008 a 2015, está em torno de 29,30% e 49,31%, sem contar os dados trazidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que revelam que de fevereiro a março de

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, p. 8.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20026.pdf> Acesso em: 22 jan. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 123.234/SP. Brasília, Min. Relator: Laurita Vaz, 22 jun. 2010.

2015, em média 60% dos recursos especiais interpostos foram ao menos parcialmente providos, e quanto aos *habeas corpus* impetrados, no ano de 2015, a taxa de sucesso estava em torno de 48%, e em 2016, até a data do julgamento das referidas ADC's, estava em 49%, em média⁷⁵.

No entanto, apesar de todos os esforços dos Ministros que votaram à favor da concessão das liminares e de todos os argumentos aqui levantados, o Supremo Tribunal Federal fechou os olhos para todos os efeitos decorrentes desta nova corrente jurisprudencial e entendeu por relativizar o princípio da presunção de inocência, com a consequente execução provisória da pena, pacificando o entendimento adotado no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, em claro afastamento do sentido literal do texto do artigo 283 do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, p. 10.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o Direito Constitucional e Processual Penal passa por um momento singular na história da democracia, marcado pelo ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que apesar de estar erigido a título de guardião da Constituição pelo próprio texto da Carta da República e por diversas ocasiões exercer esse papel de maneira ímpar, protagonizou um triste episódio para o processo penal constitucional do país, de modo que em dois julgamentos emblemáticos e históricos, assim considerados tanto para os que repudiam a atual jurisprudência do Supremo, quanto para aqueles que a aplaudem, o STF flexibilizou o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e reafirmado pela vontade do povo através da edição da Lei 12.403 de 2011, que reformou o Código de Processo Penal e deu a atual redação do artigo 283 deste diploma, afastando-se da literalidade e taxatividade do Texto Constitucional.

Com o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte, no sentido de possibilitar o cumprimento efetivo de uma pena com a confirmação unânime da decisão condenatória em segunda instância, o STF fecha os olhos para a literalidade e taxatividade do Texto Constitucional que impõe ao Estado o dever de tratamento afirmado pela presunção de não culpabilidade, no sentido de que só se pode considerar alguém culpado após a preclusão final da matéria, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, e reescreve a norma estabelecida pelo Constituinte e reafirmada pelo legislador ordinário, como já exposto.

Desta feita há clara violação à Separação de Poderes, haja vista, o STF ter criado direito novo, pois a pena decorrente de acórdão confirmatório não se enquadra nem na concepção de prisão pena, visto que esta se dá apenas com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, tampouco se enquadra na concepção de prisão processual, pois não possui caráter acautelatório.

É evidente que a relativização da presunção de inocência contraria o sentido garantista adotado pela Constituição Federal de 1988, diploma este que garante a todo indivíduo acusado da prática de um crime ser tratado como inocente até que não caiba mais recurso de eventual provimento jurisdicional negativo que lhe seja imposto, vale anotar que segundo a definição analítica de crime esposada pela teoria tripartida, teoria esta que define o crime como a conduta típica, ilícita e culpável, a culpabilidade ocupa o lugar de elemento do crime e a culpa de pressuposto da reprimenda, sendo absolutamente inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, o encarceramento de quem é presumidamente inocente.

Este entendimento é corroborado pelo alto grau de reversão de sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que em sede de recurso especial, o provimento chega a praticamente de 50% e em sede de *habeas corpus* chega a média de 48%, segundo dados do próprio STJ citados e referenciados no terceiro capítulo deste trabalho, além do alto grau de decisões injustas que encarceram inocentes e retiram-lhe o convívio social e familiar causando danos irreversíveis tanto à sua personalidade quanto à sua saúde mental.

O objetivo deste trabalho está longe de defender a tese de que pessoas que cometem crimes devem ficar impunes, mas para a segregação carcerária de todo e qualquer indivíduo acusado da prática de um delito é necessária a observância de um devido processo penal validado pela Constituição Federal, e no contexto brasileiro, que seja orientado pelo sistema processual penal acusatório, onde o indivíduo é tratado como um sujeito do processo e não como objeto deste.

Como já relatado, a execução antecipada no âmbito cível, quando decorrente de eventual provimento judicial injusto, permite o retorno das coisas como se encontravam anteriormente, mas na ceara criminal, não há possibilidade de retorno ao *status quo* após um condenação injusta que resulte no cumprimento de pena, mesmo que seja indenizada pelo Estado, que diga-se de passagem, não teria condições para indenizar todos os condenados injustamente, não poderia recompensar o apenado pelo período que passou encarcerado.

É óbvio que a execução antecipada da pena irá diminuir sobremaneira a impunidade observada quando da prática dos chamados “crimes de colarinho branco”, mas a que preço? O preço pago pela corrupção e pela falibilidade do sistema de justiça criminal brasileiro não pode recair sobre a massa da sociedade, é notório que algo precisa ser feito em relação à inefetividade do sistema de justiça criminal e a recorrente proteção deficiente do Estado, mas o caminho não está na flexibilização de princípios e direitos fundamentais erigidos a título de cláusulas pétreas, e que são garantidos pela Constituição Federal.

Está aí o maior problema da possibilidade de execução provisória da pena, com a estabilização do novo entendimento, o STF abre um precedente para que outros direitos e garantias fundamentais sejam flexibilizados e até mesmo suprimidos sob o argumento de que a sociedade sofre com a sensação de impunidade e insegurança que paira em nosso país. Primeiro flexibiliza-se a presunção de inocência, depois sob o mesmo argumento de ponderação entre este princípio e o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado suprime-se a regra geral da inadmissibilidade da obtenção de provas por meios ilícitos, mais tarde, o devido processo legal estará maculado sob o mesmo fundamento, de modo que o

Supremo Tribunal Federal passa a reescrever a Constituição de acordo com as concepções de homens indicados ao cargo de Ministro do STF por outros homens, que apesar do que alguns deles pensam, não são deuses.

Destarte, a possibilidade de cumprimento antecipado de pena conduz a um sentimento de retrocesso do Direito, diante do distanciamento que a nova concepção toma do sentido expresso no corpo da Constituição Federal e reafirmado pelo Código de Processo Penal, causando ainda mais perplexidade diante do contexto de falência que paira sob o sistema carcerário brasileiro e diante da confusão de sentidos que o julgamento das ADC's nº 43 e 44 causou, visto que ao mesmo tempo que o STF afirmou definitivamente a constitucionalidade do art. 283 do CPP, atribuindo-lhe presunção absoluta de constitucionalidade, negou-lhe o sentido semântico da palavra expresso na acepção trazida pelo dispositivo legal de que ninguém poderá ser preso senão em decorrência de prisão cautelar ou por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Não obstante a posição aqui defendida, e todos os argumentos que foram citados, o que espera-se é que haja um posicionamento de ambos os Poderes no sentido de proporcionalizar uma real efetivação do sistema de justiça criminal brasileiro, onde ao mesmo tempo em que é garantida à sociedade uma proteção eficiente do Estado, também seja afirmado e garantido o exercício de todos os direitos sociais e individuais expressos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional validada pela Carta Magna, como expressão do sentido de justiça esperado por todos e consubstanciado na expressão do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, qual seja, todo poder emana do povo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processo e julgamento de crimes. **Migalhas**, 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042.A+competencia+originaria+do+S+upremo+Tribunal+Federal+para+processo+e>> Acesso em 13 de nov. 2016.

BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. Ministros do STF rejeitam desmembramento do mensalão. **Consultor Jurídico**, 02 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/ministros-supremo-decidem-julgar-mensalao-integra>> Acesso em: 13 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Aula de Direito: Especialista traça histórico de direito Constitucional. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>> Acesso em: 16 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 123.234/SP. Brasília, Min. Relator: Laurita Vaz, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465006/habeas-corpus-hc-123234-sp-2008-0272230-0/inteiro-teor-15465007>> Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 14 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470 Minas Gerais. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144. Relator; Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 ago 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Relator; Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016. Relatório.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20026.pdf> Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. 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. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.886. Brasília, Relator: Ministra Ellen Gracie, 28 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Brasília, Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694. Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809#>> Acesso em 27 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF admite a execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 21 jan. 2017.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Erros Judiciais causam danos a inocentes. **Migalhas**. 8 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048-Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>> Acesso em: 16 jan. 2017.

Direito Penal Mínimo: sua conformidade com o Garantismo Penal. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://givaldocosta.jusbrasil.com.br/artigos/159254361/direito-penal-minimo-sua-conformidade-com-o-garantismo-penal>> Acesso em: 26 nov. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli e o Garantismo Penal. Carmela Grune – **Jornal Estado de Direito**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mwsbEV1tKvg&t=192s>> Acesso em: 26 nov. 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. A evolução da jurisdição constitucional na França. **Consultor Jurídico**, 15 jun. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>> Acesso em: 16 set. 2016.

H AidAR, Rodrigo. Mensalão traz debate sobre competência penal do STF. **Consultor Jurídico**, 25 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/mensalao-traz-debate-extensao-competencia-penal-supremo>> Acesso em: 13 nov. 2016.

HIRECHE, Gamil Foppel El; Santos, Pedro Rafael Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência. **Consultor Jurídico**. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>> Acesso em: 24 nov. 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**. 2007. 222f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 364.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 06 jan. 2017.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRESUNÇÃO DE CULPA: Prisão antecipada aprofundará injustiças do sistema penal, diz Defensoria do RJ. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/prisao-antecipada-aprofundara-injusticas-defensoria-rj>> Acesso em: 11 jan. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Dulcineia Moreira dos. Origem e Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional. **DomTotal**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito//pagina/detalhe/32801/origem-e-evolucao-historica-da-jurisdicao-constitucional/print>> Acesso em: 16 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO BRASIL**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Dialnet-JurisdicaoConstitucionalDaLiberdadeNoBrasil-1976148%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Dialnet-JurisdicaoConstitucionalDaLiberdadeNoBrasil-1976148%20(1).pdf)> Acesso em: 27 set. 2016.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 32º ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva. 2010.