

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
FACULDADE DE DIREITO

HÉLIO ROBERTO CABRAL DE OLIVEIRA

UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA  
DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA  
DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

FORTALEZA  
2008

Ac. 91889  
ml  
343-4  
948u  
R.13906948

HÉLIO ROBERTO CABRAL DE OLIVEIRA 150851

UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA  
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA  
DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia submetida à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

(7442)

FORTALEZA  
2008

**HÉLIO ROBERTO CABRAL DE OLIVEIRA**

**UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA  
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**MONOGRAFIA APROVADA EM 16/06/2008.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)**  
**Universidade Federal do Ceará - UFC**

---

**Marcelo Sobral Alcaide**  
**Especialista em Processo Penal**

---

**Edmac Lima Trigueiro**  
**Mestre em Direito**

## AGRADECIMENTOS

A minha mãe, exemplo de honestidade e dedicação, que tanto batalhou no intento de garantir a seus filhos um futuro melhor que tivera.

A meu irmão, que sempre torceu por meu êxito e sucesso acadêmico.

A Lara, por existir em minha vida e pela compreensão por todas as horas em que minha presença de corpo lhe foi subtraída para a elaboração do presente trabalho.

A Advocacia Paulo Quezado, nas pessoas de seus advogados e funcionários, por ter me proporcionado um espaço de amadurecimento jurídico-profissional e pessoal, local onde pude conhecer de perto as agruras do Direito processual penal.

A todos os meus amigos, por incentivarem e apoiarem a minha produção acadêmica, fornecendo substratos de valiosíssima importância para meu desenvolvimento doutrinário.

*Quisquis iocunda de punire, qui iocundus  
semper os homens humanamente iocundus.*

*"Na justiça não se deve esquecer a caridade e se cometer o  
delito, não se deve esquecer a punição."  
(Santo Agostinho).*

## RESUMO

O processo penal, a despeito de ser considerado um processo de natureza pública, tem como objetivo principal a aplicação da pena, mas não a finalidade de punir, mas sim a finalidade de preservar a ordem pública e a segurança jurídica. O processo penal é considerado um processo de natureza pública, pois em público interesse se trata de garantir a ordem pública e a segurança jurídica. O processo penal é considerado um processo de natureza pública, pois em público interesse se trata de garantir a ordem pública e a segurança jurídica. O processo penal é considerado um processo de natureza pública, pois em público interesse se trata de garantir a ordem pública e a segurança jurídica. O processo penal é considerado um processo de natureza pública, pois em público interesse se trata de garantir a ordem pública e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Processo penal. Finalidade. Preservação da ordem pública. Segurança jurídica. Personalidade.

*“Quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente” (Goethe).*

*“Na justiça não se deve esquecer a misericórdia e ao se odiar o delicto, não se deve esquecer que o delinqüente é homem” (Santo Agostinho).*

## RESUMO

O processo penal, no Brasil, vem sendo utilizado como instrumento para atingir objetivos alheios ao seu escopo precípua, no claro intento de fazer valer-lhe, por si só, um fim de prevenção geral e especial. A jurisprudência pátria vem deixando de observar direitos e garantias fundamentais do imputado, sobretudo o princípio da presunção de inocência, com o intento de imprimir ao processo uma maior celeridade e uma aparente eficiência em prol de conceitos indeterminados sempre invocados: bem comum, ordem pública e interesse público. É neste contexto que vem sendo aplicada a assim chamada execução provisória da pena, a qual se dá em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O presente trabalho visa, pois, questionar a constitucionalidade da execução antecipada da pena, de forma a verificar se seu fundamento coaduna-se com os preceitos do Estado Constitucional e Democrático brasileiro.

Palavras-Chave: Processo penal. Princípio da presunção de inocência. Execução provisória da pena. Constitucionalidade.

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITO CRIMINAL</b> .....	12
2.1 Direito de Punir do Estado e suas Limitações. ....	21
<b>3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL: TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.</b> .....	29
3.1 Dignidade, Liberdade e Presunção de Inocência .....	34
<b>4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO DECRETADA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL</b> .....	38
<b>5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA</b> .....	48
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, ao monopolizar a violência legítima e institucionalizada, deverá se restringir a utilizá-la tão-só quando estritamente necessária, limitando-se às hipóteses em que seja absolutamente imprescindível para a devida manutenção da paz social. No entanto, para fazê-lo, deverá criar mecanismos seguros, sempre observando princípios e valores reputados como fundamentais.

Tornando-se pública a ocorrência de um fato tido como criminoso, surgirá para o Estado a pretensão punitiva. A persecução criminal será invariavelmente marcada pela natural controvérsia entre o interesse da coletividade como um todo de fazer ser aplicada a devida sanção ao infrator e o intento deste em esquivar-se da responsabilidade penal decorrente do delito que lhe é imputado.

Neste contexto, surge o conflito entre uma desejada celeridade processual e a necessidade de efetividade e promoção dos direitos e garantias fundamentais do réu. Nada mais natural que este se utilize de todos os mecanismos de defesa que lhe forem oportunizados para influir no processo decisório, de forma a tentar convencer o julgador acerca de sua versão dos fatos e do direito que reputa ser aplicável ao caso. Desse modo, o processo há de demorar até que a decisão amadureça e se torne definitiva.

A demora do processo, dentro de certos limites éticos, é imprescindível para que sejam observados e devidamente promovidos os direitos e garantias fundamentais do argüido. O processo deverá durar um tempo razoável, o que consiste na inexistência de dilações indevidas, bem como uma celeridade com respeito à defesa.

A ampla defesa, princípio constitucionalmente assegurado, deverá compreender além dos meios adequados de defesa, a concessão de tempo suficiente para o seu efetivo preparo, de forma que possa o acusado participar, de modo substancial (contraditório substancial), no convencimento do julgador e na formação da decisão.

O processo penal deve, pois, equivaler a um instrumento apto a minimizar o poder estatal e, por outro lado, ao possibilitar a efetiva participação do acusado, maximizar o saber judicial, condicionando a validade da decisão, devidamente motivada, à obtenção da verdade.

Entretanto, o cotidiano forense tem demonstrado que do sistema jurídico pátrio têm sido abstraídos os direitos e garantias fundamentais, os quais tem sido interpretados sob aspecto meramente formalista.

Nesta senda, muitos juízes, desembargadores e até ministros têm se utilizado, de modo abusivo, de prisões pretensamente cautelares como inequívoca antecipação da pretensão punitiva do Estado-persecutor, burlando, assim, a inevitável demora do processo.

Outrossim, tem-se discutido acerca da possibilidade de decretação de prisões em decorrência de um pretense efeito automático de certas decisões, sejam as mesmas meras sentenças, sejam acórdãos condenatórios ou confirmatórios de sentença condenatória, contra os quais caiba tão-só recursos excepcionais (especial ou extraordinário).

A doutrina, tal qual a jurisprudência, tem divergido quanto à matéria. Há posicionamentos no sentido de que a prisão decretada antes do trânsito em julgado tem ocorrido, na maioria das vezes, como meio imediatista e utilitarista de proporção-

nar ao processo penal uma pretensa eficácia e, assim, conforto emocional para a sociedade, desviando-se o foco dos reais problemas sociais. Dentro desta ótica, ao aplicar a sanção penal com maior brevidade, evitando-se a natural demora do trâmite processual, estar-se-ia primando por conceitos jurídicos indeterminados constantemente invocados: bem comum, ordem pública e interesse público, utilizados de forma discricionária.

Entretanto, há quem afirme que, em dados momentos excepcionais, ainda no curso do processo, a prisão, ante a sua imprescindibilidade, deverá situar-se para além da mera instrumentalidade das medidas cautelares, fazendo-a valer, assim, como meio apto a garantir a funcionalidade da Justiça penal, prevalecendo a confiança no Direito penal e diminuindo-se o sentimento de impunidade.

Dessa forma, confrontando ambos os posicionamentos e tomando-se como base uma Teoria Constitucional do Processo Penal, inquirir-se-á se a decretação extemporânea da prisão como forma de execução provisória e antecipada da pena é constitucional, verificando se a mesma coaduna-se com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para tanto, esta monografia se inicia procurando analisar as relações entre a Constituição, a configuração do Estado e o Direito Criminal, de modo a inferir a forma pela qual o direito estatal de punir é limitado. Neste diapasão, perquirir-se-á a necessidade de processualização da persecução penal, seus fins e limitações dentro da ótica de uma Teoria Constitucional do Processo Penal.

Os direitos fundamentais, verdadeiros limites da atuação estatal perante os indivíduos, serão abordados no âmbito do processo penal, de modo a visualizar suas premissas interpretativas para a promoção de um processo penal devido.

Ademais, para que seja possível chegar-se a uma conclusão acerca da constitucionalidade ou não da execução provisória da pena, faz-se extremamente necessário o estudo das prisões provisórias, analisando o seu significado, contornos constitucionais e interpretação jurisprudencial.

Utilizando-se como premissa a força normativa da Constituição, cujas normas de carácter principiológico devem nortear o ordenamento jurídico infraconstitucional, sobretudo a dignidade da pessoa humana (seu epicentro axiológico), analisar-se-á a execução provisória da pena no processo penal brasileiro.

Isto posto, avaliando-se os fundamentos da execução antecipada da pena no Direito processual penal pátrio e confrontando-a com a Constituição Federal de 1988, inquirir-se-á se a mesma se coaduna com os preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, ou, como preferem alguns, Estado Constitucional Democrático.

O presente trabalho presta-se, pois, a apresentar subsídios suficientes para a abordagem da constitucionalidade da execução provisória da pena.

## 2 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITO CRIMINAL

A configuração de um determinado Estado, sua Constituição e o Direito criminal<sup>1</sup> são três elementos que devem estar em devida sintonia, sob pena de contradições ontológicas.

O Estado é um ente cuja data de criação se confunde, de certa forma, com o início da própria sociedade organizada. Há diversas justificativas para sua criação, a cada uma cabendo legitimar uma determinada situação ou um dado objetivo que se propõe atingir.

Em sua acepção contratualista, inicialmente formulada por John Locke, e posteriormente complementada por Thomas Hobbes e Rousseau no âmbito do discurso liberal-iluminista, o Estado surge como a união de indivíduos com o intento de construir um instrumento de garantias de direitos referentes à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.<sup>2</sup>

Dessa feita, a criação da figura estatal tem início com a celebração do contrato social por determinado povo, que é o efetivo detentor do poder e que lhe dá representatividade e legitimidade.

Tal concepção de Estado parte da necessidade da criação de uma entidade maior, concebida de poder político, outorgado pelo povo, com força coercitiva para impor normas que consubstanciem segurança para as relações dos indivíduos.

---

<sup>1</sup> Tomando-se como referência a obra de Walter Nunes da Silva Júnior, utilizar-se-á, no presente trabalho, a expressão Direito criminal, em regra, como gênero do Direito penal e processual penal (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 14).

<sup>2</sup> Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Constitucional e a Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte, 2ª Edição, 2002, pp. 191 *et seq.*; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 221; AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 38.

Assim, infere-se que o fim maior do Estado deve ser atingir o interesse público, embora tal concepção seja um tanto quanto vaga e susceptível de utilização oportunista e autoritária, conforme o foi quando da vigência da ditadura militar no Brasil. Cumpre, pois, desenvolver o seu conceito, ainda que de forma sucinta.

O interesse público tem sido objeto de debate ao longo de toda existência humana, havendo sua compreensão mudado de acordo com o tempo e o espaço, passando a existir diferentes significados ao longo da história. O interesse público, em dados momentos, se confundiu com o interesse de governantes (tirantias), de uma determinada classe social (oligarquias), da maioria (utilitarismo), etc.

Nos tempos atuais, com o advento do Estado Democrático de Direito, onde a Constituição assume uma posição de supremacia material, sendo-lhe agregada uma carga axiológica e, por conseguinte, reconhecida como um sistema aberto de princípios e normas, com valores a serem seguidos de forma objetiva, o interesse público deve não só ser entendido como o interesse da coletividade, mas como também o interesse individual de cada cidadão.

Em sua acepção pós-moderna, a Constituição é a lei fundamental de uma sociedade, preconizando, sobretudo, os limites e a forma de atuação estatal, seu funcionamento e modo de organização, bem como os direitos fundamentais de natureza individual e meta-individual, representando, conseqüentemente, os anseios sociais positivados.

Ao longo de sua história, o Estado brasileiro sofreu inúmeras mudanças estruturais, o que ensejou uma profunda transformação em sua forma de atuação perante a sociedade, até que fosse alcançado o estágio atual. Foram inúmeras

constituições e diversas emendas<sup>3</sup>, que refletiram o momento político de cada período.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso e de Ana Paula de Barcellos,

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infindável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.<sup>4</sup>

No período anterior à promulgação da constituição atual, estava em vigor um regime autoritário, implementado pelo denominado comando militar revolucionário, formado por militares de alto escalão do Exército, Marinha e Aeronáutica, o qual chegou ao poder por meio do Golpe Militar de 1º de abril de 1964, passando a controlar a máquina estatal por 21 anos.

O regime ditatorial estava respaldado, ainda que ilegitimamente, pela Constituição (formal) de 1967/69<sup>5</sup>. Invocando-se a necessidade de garantir a segurança nacional, eram dados enormes poderes às instituições públicas para intervir na esfera individual dos cidadãos, notadamente no tocante à repressão da criminalidade, em detrimento de direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal em vigor, datada de 05 de outubro de 1988, rompeu com o paradigma até então vigente. No novel contexto constitucional, instituiu-

---

<sup>3</sup> Mauricio Antônio Ribeiro Lopes salienta que “nossas constituições, a um tempo, têm existência cada vez mais curtas: são oito em menos de cento e setenta anos, e quase uma centena e meia de emendas nesse período” (LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 15).

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar\\_revproc03.htm](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar_revproc03.htm)> Acesso em: 03 abr. 2008.

<sup>5</sup> Autores há que afirmam que a Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 se referem, em verdade, a duas constituições distintas. Sobre a matéria, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 27ª Edição, 2006, p. 87. Ademais, cf. a op. cit. para referências históricas sobre o período.

se uma nova concepção de Estado, inovando-se o cenário político-jurídico nacional, causando, por conseguinte, repercussões profundas no Direito pátrio.

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou.<sup>6</sup>

Diante de tal contexto, observa-se que, a partir de 1988, houve uma reformulação de todo o sistema jurídico até então vigente, motivo pelo qual deverá ser dado a este uma nova leitura, desta feita à luz dos princípios constitucionalmente consagrados. Walter Nunes da Silva Júnior, ao se referir ao modelo jurídico adotado pela Constituição de 1988, assevera que:

(...) a base de nosso sistema é constituída de regras jurídicas com força normativa de ordem principiológica, cujo norte exegético é ditado por um preceito implícito que emerge do entendimento de que o arcabouço da Constituição em vigor contempla uma cláusula geral de tutela do homem.<sup>7</sup>

No claro intento de fazer ser superado o tecnicismo-jurídico reinante no período político-autoritário estabelecido pela Ditadura Militar (1964-1985), o poder constituinte originário elencou, no próprio texto constitucional, inúmeros direitos fundamentais, individuais e meta-individuais, estabelecendo-os, assim, tanto como garantias dos interesses individuais, coletivos e difusos, como os valores ou fins para os quais o Estado deve orientar sua atuação e seu poder.

A CF/88 elencou a dignidade da pessoa humana como o núcleo central dos direitos fundamentais, do ordenamento jurídico pátrio como um todo e do Estado Brasileiro.

<sup>6</sup> BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

<sup>7</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 224

A positivação da dignidade da pessoa humana como valor jurídico supremo do Estado brasileiro pela Carta Magna de 1988 é um reflexo do movimento constitucional internacional conhecido como neoconstitucionalismo, empreendido pioneiramente pelos países do leste europeu no período posterior à Segunda Grande Guerra Mundial, que, em razão do contexto histórico pátrio, demorou muitas décadas até aqui ser inaugurado.

Marcelo Novelino, apoiando-se em lição de Luis Prieto Sanchís, colaciona os traços mais evidentes do assim chamado neoconstitucionalismo:

(...) mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentaria; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios.<sup>8</sup>

Luís Roberto Barroso, em um prefácio de uma obra, no mesmo sentido, asseverou que:

Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às características metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma Teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.<sup>9</sup>

Assim, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento material da unidade axiológica da Constituição brasileira de

---

<sup>8</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 34.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. XI.

1988<sup>10</sup>, há de se observar que a realização do interesse público também se dá com a satisfação de determinados interesse privados, notadamente os direitos fundamentais, verdadeiros desdobramentos daquele princípio, de tal forma que os mesmos são considerados indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa.

O Estado, na persecução do interesse público, deve, portanto, atender tanto aos anseios da coletividade, como aos interesses privados dos indivíduos, e, diante de eventuais conflitos, deverá adequá-los no caso concreto. Ao perseguir valores fundantes como justiça e segurança, o poder estatal não poderá deixar de pautar-se na garantia dos direitos fundamentais. O próprio indivíduo não tem o dever de submeter-se à ação estatal quando esta contrariar suas legítimas expectativas e direitos, o que John Locke, já no século XVII, denominava direito de resistência.<sup>11</sup>

Luís Roberto Barroso, posicionando-se sobre a matéria, entendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana é parâmetro fundamental para solucionar conflitos entre o interesse da coletividade e do indivíduo, *verbis*:

Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio [dignidade da pessoa humana] se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Esta máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade da pessoa humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de Direito.<sup>12</sup>

Desta feita, o chamado princípio da supremacia do interesse público

<sup>10</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit., p. 227.

<sup>11</sup> Para John Locke, os direitos do homem eram pré-estatais e, mesmo, supra estatais. Nessa linha de pensamento, até mesmo o poder constituinte, instaurado em virtude da ruptura da ordem de um determinado Estado, encontra-se subordinado a esses direitos declarados com caráter de universalidade (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit., p. 222).

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. XVII.

sobre o privado,<sup>13</sup> utilizado ao alvedrio de muitos publicistas, deve, pois, ser desconstruído.

Não se pode considerar que exista um princípio apriorístico que sempre imponha a submissão do particular ao alegado interesse público. Caso assim ocorresse, tratar-se-ia de um entendimento que guardaria resquícios do Estado absoluto, por qualificar as relações entre o Estado e o indivíduo pela subordinação deste último àquele. A prevalência entre os interesses no caso concreto deve ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade e pela dignidade da pessoa humana.

A idéia de estabelecer constitucionalmente direitos fundamentais – e, mais do que isso, de protegê-los, como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, CF), diante do próprio poder constituinte derivado – desvela, ao nosso ver, o firme propósito do constituinte de colocá-los fora do comércio político, acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos, portanto, mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade.<sup>14</sup>

O Direito deve servir como instrumento apto a assegurar a coexistência pacífica e segura entre os homens. Por seu turno, o Direito Criminal, por versar sobre dois dos valores mais caros ao Estado, quais sejam, segurança pública e justiça, intervém de forma bastante invasiva na esfera privada dos indivíduos (direito fundamental à liberdade e à honra), causando, naturalmente, conflito entre interesses públicos e privados.

Neste contexto, ao proceder ao *persecutio criminis*, o Estado deve fazê-lo sempre pautando-se nos direitos e garantias fundamentais individuais, de modo a adequar-se aos interesses das partes envolvidas, seja do acusado, que busca

---

<sup>13</sup> Tal princípio é acatado por grande parte da doutrina publicista pátria, notadamente os administrativistas.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel (org.). Op. cit., p. 62.

proteger-se da punição pelo ato criminoso que lhe é imputado, seja da sociedade como um todo, representada pelo titular da ação penal, que quer ver aplicada a devida sanção penal ao autor do delito.

Em sentido semelhante, o saudoso processualista José Frederico Marques, assim se pronunciou, *in verbis*:

O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça.<sup>15</sup>

O processo, sobretudo no âmbito penal, por não ser um mero mecanismo de solução de conflitos, mas, antes de tudo, um *locus* para a implementação e desenvolvimento de políticas públicas; deverá ser um viés adequado para o discurso dialético entre os interesses público e privado, de forma que este seja devidamente respeitado e não se subordine ilegitimamente àquele.

Desta feita, busca o processo penal o difícil equilíbrio entre a proteção dos direitos e liberdades da pessoa, de um lado, e, de outro, a criação de instrumentos legais para que o Estado cumpra com o seu dever de prestar jurisdição, em função do interesse geral de individualização de condutas altamente anti-sociais, viabilizando-se, assim, a justa aplicação da lei penal (*nulla poena sine iudicio*) e, por conseguinte, a manutenção da paz e harmonia sociais.<sup>16</sup>

Entretanto, em verdade, o que se tem observado, na prática, é um crescente desequilíbrio patológico na busca da verdade real<sup>17</sup> no processo penal: vê-se que tem ocorrido cada vez mais uma busca pela eficiência do provimento

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Editora Bookseller, Vol. I, 1997, p. 37.

<sup>16</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª Edição, 2001, p. 5.

<sup>17</sup> Verdade esta cuja possibilidade de obtenção tem sido questionada por doutrinadores mais recentes de direito processual penal, os quais reputam como epistemologicamente impossível o alcance de uma verdade real, devendo ser pretendida a obtenção de uma verdade efetivamente processual. Cf. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006.

jurisdicional condenatório em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do imputado, motivando-se, para tanto, sobretudo pelos anseios sociais, ou, ao menos, pelo que se tem afirmado como tal.

Há de se observar que, nas sociedades contemporâneas, tem ocorrido o que se tem chamado de institucionalização da insegurança, caracterizando-se como uma falta objetiva de segurança, decorrente dos riscos das atividades modernas, da “criminalidade das massas”, bem como do crime organizado<sup>18</sup>.

O Direito criminal, como um todo, tem passado por um processo de agravamento incessante de sua hipertrofia, com a criminalização de um cada vez maior número de condutas, exasperação sancionatória, bem como mitigação de direitos e garantias fundamentais do argüido.<sup>19</sup>

Corroborando com tais fatores, tem-se percebido um fenômeno generalizado, apontado por Jesús-Maria Silva Sánchez, de identificação da sociedade com a vítima, que embora não seja recente, tem se ampliado nos últimos tempos, causando grande repercussão no âmbito da jurisdição penal.<sup>20</sup>

Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*): de uma situação em que se destacava sobretudo “a espada do Estado contra o delinqüente desvalido”, se passa a uma interpretação do mesmo como “a espada da sociedade contra a delinqüência”. Isso provoca uma transformação conseqüente também no âmbito do Direito Penal objetivo (*ius poenale*): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Cf. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.30 *et seq.*

<sup>19</sup> Cf. BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38 e ss.

<sup>20</sup> Cf. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Op. cit., pp. 50-57.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, pp. 34-35.

No Brasil, ante a crescente onda de criminalidade, sobretudo a violenta, e o medo com que as pessoas têm vivido, é cada vez mais comum a utilização do processo penal sob uma perspectiva utilitarista,<sup>22</sup> inclusive com a decretação de prisões antecipadas, buscando trazer, com isso, conforto emocional à população, bem como imprimir ao procedimento de persecução criminal uma função de prevenção geral e especial, desvirtuando seus fins precípuos.

Em nome de uma busca pela segurança e justiça, vem-se procurando soluções imediatistas e eficazes, sacrificando-se, assim, direitos fundamentais, o que, em um Estado que se proclama Democrático e de Direito, não pode ocorrer.

Nesta senda, deve-se tomar com muita cautela as prisões decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de submissão ilegítima de direitos fundamentais individuais a interesses da coletividade. No neoconstitucionalismo, que encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o direito de punir, consectário da segurança jurídica e dos anseios sociais, encontra, portanto, grandes limitações.

## 2.1 Direito de Punir do Estado e suas Limitações.

O homem é um animal essencialmente social e, como tal, lhe é dado viver em sociedade. Diante de suas necessidades básicas e sua vontade (instintiva) de

---

<sup>22</sup> “A doutrina utilitarista baseia-se nos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional. Assim, exatamente por reconhecer a igualdade intrínseca entre todas as pessoas, e rejeitar qualquer suporte religioso ou metafísico como fundamento para escolhas públicas, o utilitarismo advoga a tese de que o melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas. (...) Os utilitaristas partem da premissa de que os indivíduos têm às vezes interesses conflitantes, e que, nestes casos, deve-se atribuir um peso igual aos interesses de cada um, na busca da solução mais justa. Assim, justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos. (...) o utilitarismo não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias. Para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral – identificando-se este com os interesses individuais prevalentes em cada sociedade” (SARMENTO, Daniel. Op. cit., pp. 59-62).

buscar pelo seu próprio bem, o ser humano sempre se encontrará em situações em que terá sua liberdade cerceada pela liberdade de outrem. Nas relações que realiza com seus semelhantes, invariavelmente há de ocorrer conflitos de interesses. Trata-se de desdobramento inevitavelmente da possibilidade de variação genética e da conseqüente impossibilidade de igualdade substancial entre as pessoas, motivo pelo qual haverá sempre oportunidades distintas para os indivíduos em razão de suas diferenças<sup>23</sup>.

Do conflito de interesse, surge a insegurança e a necessidade de certa estabilização, geralmente procedida pelos mais aptos a impor sua vontade. Tal estabilização se consubstancia no controle da liberdade de conduta dos homens, de tal forma que o corpo social será submetido a um comando.

O controle social se vale de vários mecanismos. O Direito surge, pois, como uma das formas de controle social sobre uma dada estrutura de poder operante em uma determinada sociedade. Sua configuração estará diretamente relacionada ao modelo de sociedade na qual estará estabelecido, bem como à sua estrutura política.

A enorme extensão e complexidade do fenômeno do controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> “Ocorre que os homens não são iguais porque pensam, e o pensamento, como as impressões digitais, difere de homem para homem, fortalecendo não só a criatividade e a diversificação, como também a desigualdade entre os povos” (BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 16.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2004, p. 61.

O Direito será de certa forma um reflexo da sociedade e do momento histórico nos quais se encontra, havendo sofrido profundas mudanças ao longo da história, até ser erigido o Estado de Direito.

Será lícito, à partida, esclarecer que o Estado de Direito poderia ser – e em certo momento de seu desenvolvimento efetivamente o foi – compreendido em sua acepção meramente formal, segundo a qual este conceito significaria unicamente a submissão do Estado ao direito posto, sendo suficiente a previsão de uma estrita separação e controle recíproco dos poderes do Estado e sujeição das ações estatais a alguma regras procedimentais previamente estabelecidas. Sob esta perspectiva, haveria sobretudo uma migração de absolutismo executivo para absolutismo legislativo, ou, em melhor análise, para “absolutismo legislado”, espécie de totalitarismo de que a história é repleta de exemplos. Neste caso, o conteúdo do “direito” não seria tão relevante, pois esta compreensão não traz em si, ínsita, a necessária carga axiológica que caracteriza o Estado de direito em sentido material. (...) A partir da conotação material, já surgem os direitos fundamentais e princípios como os da proibição de excesso e da proporcionalidade, os quais associados à cláusula do Estado social de direito passam a constituir limites ultrapassáveis da própria maioria democrática. De ver-se que a compreensão contemporânea desta idéia abrange uma ligação dos elementos de forma e de conteúdo, sendo válido afirmar que o conceito passa a ser compreendido como uma espécie de Estado de direitos fundamentais.<sup>25</sup>

A Constituição brasileira de 1988, ao romper com o paradigma autoritário até então vigente, reformulou o ordenamento jurídico, proporcionando-lhe um novo fundamento de validade, focando-o em um ideário democrático, com suporte principiológico na declaração, consagração e promoção dos direitos fundamentais, cujo epicentro axiológico é a dignidade da pessoa humana.

Walter Nunes da Silva Júnior, utilizando como premissa o neoconstitucionalismo, prefere utilizar a expressão Estado Constitucional-Democrático para designar o Estado brasileiro erigido pela novel Carta Magna, reputando tal locução mais condizente com a guinada experimentada pelo ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>25</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica. 2006, pp. 54-55.

(...) com o novo modelo do Estado brasileiro, as normas constitucionais, especialmente as que expressam valores essenciais, habitam, efetivamente, a pirâmide do sistema jurídico, nos sentidos formal e material, daí por que elas passam a exercer a função hegemônica da ordem jurídica, relegando a segundo plano a legislação infraconstitucional. (...) Diante dessas considerações, observa-se que o modelo brasileiro é do Estado Constitucional, quer dizer, do Estado Democrático-Constitucional, segundo o qual o sistema jurídico é arquitetado e interpretado em consonância com a plataforma principiológica plasmada no Texto Maior, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais que, diante da profusão de normas dessa categoria pertinentes ao ordenamento processual penal, manifestam-se como a espinha dorsal desse ramo do Direito.

Infere-se, assim, que no Estado brasileiro, que se reputa democrático e de direito, com preponderância dos direitos fundamentais, o Direito penal, por ser o subsistema jurídico com maior repercussão na esfera privada dos indivíduos, deve ter a função precípua de proteger os bens reputados como de maior relevância para os membros do corpo social. Isto se dá em decorrência da necessidade de atuação *ultima ratio* da repressão penal, dada a sua grande intervenção nos direitos fundamentais do acusado.

(...) o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito. (...) o direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do que quer ser e chegar a ser, assim como a realização desta escolha. A existência humana não pode haver senão na forma de coexistência, de existir com outros que também existem. Disto decorre que nem sequer se pode ter consciência do "eu" quando não há um tu de quem distinguir-se.

O asseguramento das existências simultâneas (coexistências) se cumpre com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), tornando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos. A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da

proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência.<sup>26</sup>

O sistema repressivo deve ser entendido como destinado a definir, individualizar e reprimir o desvio penal. Todo esse conjunto de restrições à liberdade individual pode ser representado como um “custo” cuja justificação deve ser racionalmente fundamentada; outrossim, tal “custo” do sistema punitivo estatal deve ser encarado como um peso não só para os culpados, mas, em verdade, para a sociedade como um todo.<sup>27</sup>

No tratamento penal manifesta-se – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, é sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. (...) O problema da justificação, portanto, confunde-se, em larga escala, com o problema do garantismo, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento.<sup>28</sup>

No âmbito do Direito criminal, as regras devem ser postas (princípio da legalidade *stricto sensu*) previamente (princípio da anterioridade); a lei deve ser escrita (proibição da analogia incriminadora), estrita (vedando-se a analogia incriminadora), certa (princípio da taxatividade) e necessária (princípio da intervenção mínima ou fragmentariedade), de modo a respeitar direitos e garantias individuais. A aplicação da lei penal deve ser precedida por procedimento (princípio da *nulla poena sine iudicio*), que se desenvolve no tempo através da sucessão de atos

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2004, p. 92.

<sup>27</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 96.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

concatenados de modo a garantir os direitos do imputado (presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, etc), bem como a devida individualização do *jus puniendi*, orientado pela atividade imparcial, visto ser a prova livremente apreciada pelo juiz (sistema processual acusatório). A pena deverá recair sobre uma atividade perceptível e danosa (direito penal do fato).<sup>29</sup>

Tornando-se pública a ocorrência de um fato previamente estabelecido como criminoso, não surge daí, por si só, a possibilidade de coerção direta pelo Estado. A lei penal não tem o condão de fornecer diretamente meios para que seja aplicada a sanção penal, cabendo, para tanto, a instauração do devido processo penal. Trata-se do que a mais abalizada doutrina vem chamando de “princípio da necessidade do processo em relação à pena”.<sup>30</sup>

O processo penal, tal qual o Direito como um todo, refletirá a sociedade e, sobretudo sua Constituição, mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática que seja.

Infere-se, portanto, que a pena não será propriamente um efeito jurídico do delito em si, mas um possível resultado do desenrolar do processo penal devido. No entanto, o processo não é um efeito do delito, mas da necessidade de processualização da imposição de pena ao delito. Nem todo imputado efetivamente praticou o delito, mas todo delinqüente, para ser apenado, deverá responder a um processo.

O princípio da necessidade do processo em relação à pena pode, pois, ser compreendido como “o caráter instrumental do processo penal com relação ao

---

<sup>29</sup> De forma sucinta, poder-se-ia dizer que estes são os fundamentos do garantismo penal, os quais, elaborados de forma mais complexa e trabalhada, foram expostos como máximas do sistema garantista. Cf. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 89.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006, p. 2.

Direito Penal e à pena, pois o processo é o caminho necessário para a pena”.<sup>31</sup>

Sendo garantidos, aos indivíduos, direitos mínimos sobre os quais caberá ao Estado a mais estrita obediência em todas as suas esferas de atuação, o Direito criminal será aplicado levando-se em consideração, além dos limites e restrições impostas pelos direitos fundamentais, as peculiaridades do caso concreto, fazendo-se um sopesamento entre os princípios norteadores a ser aplicados.

Assim, o fundamento do processo penal é, a um só tempo, não deixar impune a prática de crimes e impedir que inocentes sejam condenados. Nesta senda, cumpre ao processo a tutela da liberdade jurídica do imputado, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição; por outro lado, caberá ao mesmo servir de instrumento para a devida aplicação e efetividade do Direito Penal objetivo.

O escopo do processo penal deverá ser, portanto, a sua almejada aptidão de eliminar insatisfações na formação do procedimento decisório, com presteza e fazendo cumprir o direito objetivo de forma eficaz. O juiz deverá legislar no caso concreto, a partir de normas gerais e abstratas, utilizando-se como parâmetro os dados objetivos aferidos. Obtempera Fredie Didier Jr.:

Diz-se que a decisão é um ato jurídico que contém um norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em

---

<sup>31</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 4.

conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Sendo o direito de punir do Estado aferido sempre no caso concreto, por meio de processo judicial, deverá o julgador, ao aplicar a norma jurídica individualizada, observar as normas constitucionais processuais e materiais aplicáveis, utilizando-se como premissas o reconhecimento de que os princípios têm força normativa imediata e são normas garantidoras de direitos fundamentais, sendo estes, em última instância, os limitadores da pretensão punitiva estatal.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podivm, Vol. 1, 9ª Edição, 2008, p. 69.

<sup>33</sup> Para Fredie Didier Jr., tais premissas são os pilares do neoconstitucionalismo (Op. cit., p. 24).

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL: TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.

Considerando-se que o Estado surge para garantir direitos aos indivíduos de uma dada sociedade (teoria contratualista), todos teriam direito a um mesmo rol de liberdades básicas dentro de um sistema que garantisse a igualdade de oportunidade de cada um, de tal forma que eventuais desigualdades decorreriam de diferentes formas de aproveitamento de chances iguais criadas para todos.

Não cabe ao Estado, bem como à própria sociedade, sob pena de agirem ilegitimamente, violar os direitos básicos inerentes a cada um dos indivíduos, ainda que assim seja a vontade da maioria.<sup>34</sup> Fala-se, assim, em direitos pré-estatais e, até mesmo, supra-estatais.<sup>35</sup>

Neste contexto, surgem os direitos fundamentais, expressão esta utilizada pela primeira vez no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), com forte apoio no jusnaturalismo.<sup>36</sup>

Entretanto, a teoria jurídica, que carecia de sistematicidade e cientificidade, foi transformando seu paradigma, até culminar na doutrina positivista. Durante o período em que reinou o positivismo jurídico, sobretudo baseado na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, os direitos fundamentais, ante a desconsideração da dimensão axiológica do Direito e a inexistência de instrumentos para sua efetivação, não eram devidamente considerados caso não fossem expressamente previstos pela lei (*stricto sensu*).

---

<sup>34</sup> Trata-se do já mencionado conflito entre utilitarismo e individualismo, conceitos estes que, levados ao extremo, tendem a causar situações teratológicas.

<sup>35</sup> SILVA JÚNIOR, Walter. Op. cit., p. 222.

<sup>36</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2ª Edição, 2008, pp. 221-223.

O positivismo técnico-normativista não dispunha de meios para resguardar os cidadãos contra a tomada do poder por um governo cuja pauta política fosse absurdamente injusta, não cabendo ao judiciário, dentro desta lógica, desrespeitar a lei posta ao tempo de suas decisões.<sup>37</sup> À época, os direitos fundamentais eram considerados meras declarações solenes, revestidas somente de valor moral, de forma que não lhes era reconhecida capacidade normativa.

A História comprova os grandes males do positivismo, sobretudo quando da Segunda Guerra Mundial, onde foram perpetradas inúmeras atrocidades com manifesto desprezo pela dignidade inerente a todos os seres humanos.<sup>38</sup>

O impacto causado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial levou à constatação que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação de regimes autoritários. Percebeu-se, então, que o direito legislado, por si só, não possui uma capacidade intrínseca de se fazer válido e legítimo, surgindo daí o pós-positivismo ou o neoconstitucionalismo.

Note-se que, conforme já salientado, o cenário brasileiro, durante muito tempo, não se mostrou propício para a incorporação do neoconstitucionalismo por razões de cultura política e jurídica, notadamente em face da Constituição outorgada de 1967 e do império da ideologia positivista-normativista.<sup>39</sup>

Enfim, com o surgimento do pós-positivismo, e a conseqüente preocupação com o aspecto axiológico do Direito, redundou na proliferação dos direitos fundamentais nas constituições européias, contexto esse que influenciou a Assembléia Constituinte e, por conseguinte, a Constituição da República de 1988.

---

<sup>37</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26 e ss.

<sup>38</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit., p. 205.

<sup>39</sup> Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit., p. 258 *et seq.*

Infere-se, pois, que os direitos fundamentais seguiram um ciclo histórico.

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.<sup>40</sup>

Por seu turno, a Constituição brasileira elenca extenso rol de direitos e garantias fundamentais, agrupando-os em individuais (Capítulo I), coletivos (Capítulos I e II), sociais (Capítulo II), de nacionalidade (Capítulo III) e políticos (Capítulo IV).<sup>41</sup>

Observe-se que, com a promulgação da novel carta constitucional, ocorreu a reformulação do ordenamento jurídico pátrio, tornando-se imperioso conferir a este releitura, desta feita à luz da nova teoria dos direitos fundamentais.

Com base na nova teoria dos direitos fundamentais, a estes é reconhecida a normatividade, sendo os mesmos, portanto, alçados à condição de normas jurídicas constitucionais. São os direitos fundamentais que orientam o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, servindo-se como fundamento da ordem jurídica positiva.<sup>42</sup> Além de possuírem como caracteres a universalidade, a relatividade, a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, todos de caráter subjetivo, confere-se aos direitos fundamentais um caráter objetivo.

(...) os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30, *apud* MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Constitucional e a Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte, 2ª Edição, 2002, p. 172.

<sup>41</sup> NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>42</sup> NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 222.

que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. (...) O reconhecimento dessa “dupla dimensionalidade” ou “duplo caráter” dos direitos fundamentais resulta da percepção da tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política, que seria a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade, ou de parte dela, donde de se ter a possibilidade de individualizar três ordens distintas desses interesses: interesses individuais, interesses coletivos (ou supra-individuais, onde se incluem os chamados interesses difusos) e interesses gerais ou públicos. Note-se que apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que aos outros.<sup>43</sup>

Dessa forma, com o advento do novo paradigma constitucional, que estabeleceu um novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico pátrio, todas as normas infraconstitucionais anteriores que não fossem materialmente compatíveis com a novel Constituição deveriam ser tidas como não-recepcionadas.

A legislação infraconstitucional subsistente ganha, portanto, um novo fundamento de validade, sendo recepcionada pela Constituição, devendo, portanto, ser interpretada sob o pálio desta.<sup>44</sup>

Surge a Teoria Constitucional do Processo Penal, na perspectiva do Estado Constitucional e Democrático de Direito, vindo a apetercer uma reformulação na vetusta compreensão do processo penal, estudando-o e aplicando suas normas em conformidade com a nova principiologia constitucional.

Neste contexto, insurgem-se lúcidas vozes dissidentes na doutrina no sentido de proclamar a inconsistência da formulação de uma teoria geral do proces-

---

<sup>43</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 4ª Edição, 2005, p. 45 e 88-89.

<sup>44</sup> Sobre a questão da recepção da legislação infraconstitucional por uma nova Constituição, cf. NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 82.

so, dada as peculiaridades do Direito processual penal e sua instrumentalidade constitucional, diante do que se tornaria impossível a transposição de conceitos desenvolvidos no âmbito civil para a seara criminal.<sup>45</sup>

O Direito processual penal deve ser estudado e aplicado partindo-se de certas premissas principiológicas consagradas na Carta Magna, que se diferem das do Direito processual civil.

A partir da doutrina do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli<sup>46</sup>, a doutrina pátria, acompanhada timidamente pela jurisprudência, vem estabelecendo critérios de ponderação no âmbito do Direito Criminal, de modo a dar prevalência aos direitos fundamentais e, em especial, às liberdades individuais frente ao interesse público repressivo.

Por garantismo, pode-se entender, ao lado de questões filosóficas, políticas e jurídicas, a elaboração e utilização de uma epistemologia própria, entendida como uma forma peculiar de conhecer, entender e aplicar o direito repressivo, implicando no resgate de uma carga axiológica do Direito, dando-se ênfase, sobretudo, aos valores do Iluminismo, com a formulação de uma teoria pós-positivista, onde pauta-se a legitimidade da atuação estatal a partir da tutela dos direitos fundamentais e ao uso da ponderação como meio apto para solucionar conflitos onde não seja suficiente a utilização da vetusta técnica de subsunção.

Entretanto, a doutrina mais tradicional e a jurisprudência, em geral, sobretudo nos primeiros anos que se sucederam à promulgação da Carta Magna,

---

<sup>45</sup> Por todos, cf. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006, e SUANNES, Adauto. **Os fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2004.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

resistem em imprimir uma nova feição à legislação penal, desrespeitando princípios constitucionais.

Os direitos fundamentais, encarados nas perspectivas objetiva e subjetiva, devem constituir a essência da estrutura do processo penal, de forma que os mesmos deverão nortear as deste, seja direcionando o legislador ordinário, seja impondo balizas para o operador do Direito.

Na dimensão do neoconstitucionalismo ou do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico criminal, daí porque, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em teoria geral do processo penal, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais. Na transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, já no Século XVIII, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do poder-dever de punir do Estado, utilizando como um dos instrumentos mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Os direitos fundamentais, portanto, formam o núcleo duro das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria teoria constitucional do processo penal.<sup>47</sup>

### 3.1 DIGNIDADE, LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O poder-dever de punir, ao propor-se em realizar o bem comum, deve sempre encontrar-se limitado pelas liberdades individuais. A segurança jurídica, indispensável para a coexistência pacífica entre os indivíduos, deverá sempre respeitar a esfera de liberdade mínima dos membros da sociedade, que deverá ser considerado o núcleo intangível de seus direitos.

As sociedades modernas, notadamente no período pós-segunda guerra mundial, tem elevado o conceito da dignidade da pessoa humana ao epicentro

<sup>47</sup> SILVA JR., Walter Nunes. Op. cit., p. 10.

axiológico do ordenamento jurídico, de modo que este deverá ser construído a partir de tal conceito e de modo a garantir-lo a todo o custo.

A Constituição Federal brasileira de 5 de outubro de 1988 estabeleceu, em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.<sup>48</sup>

Com a sua constitucionalização e a consagração como um dos fundamentos da república, a dignidade, que outrora era considerado mero valor moral, passa a ser um valor jurídico, reconhecendo-se o homem como centro e fim do direito.<sup>49</sup>

Nesta ótica, a máxima lockeana reveste-se de profunda atualidade: o Estado deve ser encarado não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de concretização das aspirações dos indivíduos, individual ou coletivamente considerados.

Uma das conseqüências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro impõe não só o reconhecimento de que o indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da República, mas também a necessidade da observância desse valor como elemento informador do conteúdo da Constituição e de todo o ordenamento jurídico, o que significa dizer que na criação, interpretação e aplicação das normas deve-se buscar sempre a promoção das condições e a remoção dos obstáculos para que a dignidade seja respeitada.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988, p. 1.

<sup>49</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 32.

<sup>50</sup> NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 205.

A liberdade reveste-se, portanto, como corolário da dignidade da pessoa humana. Se o Estado é um instrumento para assegurar os direitos mais caros dos indivíduos, deverá a liberdade ser a regra, restringida tão-só pelas necessidades decorrentes de sua harmonização com a liberdade alheia e os outros valores constitucionais, de forma a permitir a pacífica convivência em sociedade. O ser humano não pode ser instrumentalizado para a obtenção de certos fins, sendo a regra a sua autodeterminação.

Se a regra deve ser a liberdade, na seara criminal, ninguém poderá ser considerado culpado por um delito que lhe é imputado e obrigado a se submeter a uma sanção penal sem que haja provas suficientes para tanto. A persecução penal deve, portanto, pautar-se pelo princípio da presunção de inocência.

Tal princípio foi consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Note-se que tal preceito constitucional foi corroborado pela ratificação do Pacto San José da Costa Rica em 1992, o qual prevê, em seu art. 8º, que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Assim, enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.<sup>51</sup>

Desta feita, essa presunção legal – que em virtude de sua própria natureza de presunção pode muito bem não refletir a realidade e às vezes desde logo parecer descabida – acabou se consubstanciando em um verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido,

---

<sup>51</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. V. 1, 2004, p. 63.

incumbindo ao Estado, tão-somente, através da persecução penal (*nulla poena sine iudicio*), desconstituir essa presunção, que só cederia com o trânsito em julgado de um decreto condenatório (devidamente fundamentado em provas lícitas e incontestas).<sup>52</sup>

A presunção de inocência é, portanto, um princípio fundamental de civilidade, fruto de opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o alto preço da impunidade de alguém culpável (*in dubio pro reo*).

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também um garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo.<sup>53</sup>

O princípio da presunção de inocência deverá, portanto, servir como parâmetro do funcionamento de todo o sistema penal, desde a elaboração da política criminal, passando pela persecução criminal até chegar à formação do convencimento do julgador. É necessário que o processo se paute na busca da verdade, a verdade processual, com regras para o julgamento orientando a decisão judicial sobre os fatos, cabendo à acusação o ônus da prova. Ademais, em nenhum momento anterior à formação do convencimento definitivo acerca da culpabilidade do imputado, poderá o mesmo ser tratado como acusado, repercutindo-se aí na utilização de medidas prisionais provisórias.

<sup>52</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª Edição, 2001, p. 64.

<sup>53</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006, p. 186.

#### 4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO DECRETADA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração constitucional do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), iniciou-se de pronto uma controvérsia, jurisprudencial e doutrinária, acerca da (im)possibilidade de decretação de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Sob esta perspectiva, a doutrina mais comprometida ao princípio supra mencionado passou a estabelecer diferenças entre as prisões provisórias, gênero do qual faz parte a prisão em flagrante, temporária e preventiva, e as de natureza processual (decorrentes de efeitos da decisão condenatória ou do recurso).<sup>54</sup>

A diferenciação entre as modalidades de prisões provisórias e processuais decorreria do fato de que, não obstante serem ambas decretadas antes do trânsito em julgado, esta última é desprovida de efetiva natureza instrumental, motivo pelo qual as mesmas violariam o princípio da presunção de inocência.

Partindo-se do pressuposto de que uma pessoa só poderá ser presa em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e que, o sendo, não poderá ser considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, incisos LVII e LXI), a doutrina mais liberal passou a não mais admitir as prisões processuais, que decorreriam automaticamente da ausência de efeito suspensivo do recurso (especial ou extraordinário) ou de efeito natural da decisão, seja esta uma sentença de pronúncia, seja uma condenação propriamente dita.

---

<sup>54</sup> Cf. DELMANTO JR., Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª Edição, 2001, p. 87; LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006, p. 199; GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1996, p. 41.

Assim, a prisão provisória, quando utilizada em sua função instrumental de tutela do processo, possui embasamento constitucional e legal, caracterizando-se como forma de coação estatal institucionalizada e necessária.

(...) a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório. (...) Somente com relação à prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração prévia de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional de reafirmação do *status* de inocência, enquanto não haja condenação firme. Em relação às prisões provisórias de natureza processual, significam elas antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível.<sup>55</sup>

Desta feita, infere-se que a prisão decretada antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória poderá ter tão-só natureza acautelatória, ou seja, quando evidenciada a urgência da constrição corporal assegurar a coleta da prova de materialidade e autoria (no caso de flagrante), para garantir a investigação policial (prisão temporária), para garantir a ordem pública ou econômica, a aplicação da lei penal, ou em razão da conveniência da instrução criminal (prisão preventiva).

Seriam, portanto, características das prisões provisórias sua necessidade cautelar, excepcionalidade, adequação e proporcionalidade. Todavia, trata-se de questão extremamente divergente em toda a doutrina, não existindo consenso, havendo quem fale em jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.<sup>56</sup>

Por excepcionalidade, deve-se entender que a prisão cautelar só pode ser aplicada como *ultima ratio*, somente sendo justificável quando não houver outros mecanismos menos agressivos à esfera privada do indivíduo. É bem verdade que no

<sup>55</sup> DELMANTO JR., Roberto. Op. cit., p. 87.

<sup>56</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., pp. 198 e ss.

sistema jurídico-penal brasileiro não há muitos meios a disposição do julgador, mas, ainda assim, deverá o mesmo utilizar a prisão como última alternativa.

Há de se levar em consideração que as prisões cautelares, em verdade, são verdadeiras penas processuais, em que primeiro se castiga e depois se processa, devendo, portanto, serem evitadas sempre que não forem extremamente necessárias, o que, no entanto, não é o que tem ocorrido na prática.

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.<sup>57</sup>

A proporcionalidade poderá ser subdividida em três máximas: máxima do meio mais suave (exigibilidade ou indispensabilidade), máxima da adequação e máxima do sopesamento (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).<sup>58</sup>

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.<sup>59</sup>

O princípio da proporcionalidade, ao ser aplicado, deverá sê-lo com respeito ao princípio da presunção de inocência, sempre aferindo-se, no caso concreto, se há indícios suficientes de autoria e prova inequívoca de materialidade.

<sup>57</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 210-211.

<sup>58</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 4ª Edição, 2005, p.95.

<sup>59</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Edição, 2003, p. 102.

(...) como o princípio da inocência é, a um só tempo, direito (material) e garantia (procedimental), as restrições a ele deverão se submeter, sempre, a um juízo de ponderação em cada caso concreto, pela simples razão de que, antes do trânsito em julgado, elas somente poderão ser justificadas por razões de natureza reconhecidamente cautelares.<sup>60</sup>

Desta forma, o princípio da proporcionalidade deverá nortear o julgador diante do caso concreto, onde será ponderada a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida,<sup>61</sup> de modo a impedir que a constrição pessoal do acusado seja mais grave e intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo.<sup>62</sup>

A jurisdicionalidade impõe que a prisão provisória somente possa ser decretada por ordem judicial fundamentada, excetuando-se, aí, a prisão em flagrante<sup>63</sup>, a qual, no entanto, precisaria ser chancelada pela autoridade judiciária.

Por seu turno, a provisoriedade está relacionada à necessidade de a prisão cautelar ser temporária, de modo que, uma vez cessados os motivos que a fundamentaram, ou seja, o *periculum libertatis*, deverá a mesma ser revogada.

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, as demais prisões cautelares são absolutamente indeterminadas, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 174.

<sup>61</sup> LOPES JR., Aury. Idem., p. 211.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 4ª Edição, 2005, p. 425.

<sup>63</sup> Para Aury Lopes Jr., as prisões em flagrante, em verdade, possuiriam natureza pré-cautelar, se justificando em uma necessidade de preparar (instrumentalizar) uma futura medida cautelar para as quais eventualmente poderão ser transmutadas (Op. cit., p. 226).

<sup>64</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 208.

Independente das peculiaridades elencadas por cada doutrinador no tocante às características intrínsecas das prisões provisórias, o que se tem observado é o afastamento do vetusto entendimento de que seriam pressupostos da prisão provisória a natureza do crime, a probabilidade de condenação, o *periculum in mora* e o controle jurisdicional prévio.<sup>65</sup>

Assim, a doutrina mais abalizada tem preferido, ao invés de falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, utilizar as expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, por serem mais adequados aos elementos da prisão preventiva estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal.<sup>66</sup>

No processo penal, para a decretação de uma medida cautelar pessoal, não deve se inferir a plausibilidade do direito da acusação (a pretensão punitiva estatal), mas sim a fumaça do cometimento do delito pelo imputado (*fumus commissi delicti*), compreendido aí a prova concreta de sua materialidade e indícios plausíveis acerca de sua autoria.

Por seu turno, o *periculum libertatis* condiria com o fundamento da prisão cautelar pelo fato de a situação de liberdade do acusado estar por causar algum efetivo e comprovado prejuízo ao normal desenvolvimento do processo.

Não sendo promovida qualquer interferência na produção de prova ao longo da instrução processual, seja por meio de destruição de provas ou constrangimento de testemunhas, não haveria o fundamento da conveniência da instrução criminal.

<sup>65</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Volume IV, 1997, p. 58.

<sup>66</sup> Cf. LOPES JR., Aury. Op. cit., DELMANTO JR., Roberto, idem; GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1996; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 4ª Edição, 2005.

Ademais, não havendo evidências concretas de que o argüido, permanecendo em liberdade, empreenderá fuga, não há que se falar em risco para a segurança da aplicação da lei penal diante de uma eventual condenação definitiva.

Por seu turno, a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública é o maior ponto de divergência entre a doutrina e a jurisprudência no tocante às prisões provisórias.

Por se tratar de um conceito jurídico indeterminado<sup>67</sup> e não haver balizas legais suficientes para contornar seu conteúdo, a ordem pública tem sido invocada em diversas oportunidades, nos mais variados contextos, de modo bastante discricionário. Por conceitos jurídicos indeterminados, deve-se entender os

(...) termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se procede diante dos pressupostos da norma. (...) Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito.<sup>68</sup>

Por sua indeterminação jurídica, tem sido constantemente invocada a sua inconstitucionalidade pelos doutrinadores mais liberais, alegando-se, para tanto, que a mesma se pauta em um juízo de culpabilidade prévia. Há, no entanto, quem a defenda pela sua imprescindibilidade de garantir efetividade ao provimento jurisdicional final.

Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que a busca da fundamentação cautelar há de situar-se para além da instrumentalidade. Utilizando-se como premissa a existência de uma ordem jurídica válida e legítima, a prisão preventiva

<sup>67</sup> Assim como homem médio, bem comum e interesse público, conceitos regularmente utilizados no âmbito criminal sem maior apuro científico.

<sup>68</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª Edição, 2008, p. 46.

baseada na garantia da ordem pública seria fundamental para assegurar o regular funcionamento da jurisdição penal e, por conseguinte, uma ordem jurídica válida<sup>69</sup>. Ante a gravidade do delito, associada ao meio de execução e à motivação, poderia se presumir um risco de novas práticas criminosas, e, havendo suficiente demonstração de probabilidade de autoria (confissão válida e prisão em flagrante), tornar-se-ia cabível a constrição pessoal do acusado.<sup>70</sup>

Por seu turno, Celso Delmanto entende que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pode revestir-se de constitucionalidade desde que seja mantida a sua natureza instrumental (tutela do processo), o que ocorreria quando a perturbação da paz social tumultuasse o bom andamento da persecução penal, ou seja, a regularidade dos atos processuais (interrogatório, oitiva de testemunhas, reconstituição, etc.), advindo daí a necessidade de sua decretação.<sup>71</sup>

Já para Aury Lopes Jr., a prisão para garantia da ordem pública, por se tratar de uma medida processual indevidamente utilizada como medida de segurança pública, ante alegada possibilidade de reiteração criminal, refugiria de sua função instrumental, motivo pelo qual deverá ser considerada substancialmente inconstitucional<sup>72</sup>. Tal autor, citando Odone Sanguiné, salienta que

(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc., que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Edição, 2007, p 62.

<sup>70</sup> Idem, ibidem, p. 66.

<sup>71</sup> DELMANTO JR., Roberto. Op. cit., p. 184.

<sup>72</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 214.

Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com a sua natureza.<sup>73</sup>

Diante do exposto, infere-se que a razão assiste a Aury Lopes Jr. A prisão preventiva calcada em alegada necessidade de garantir a ordem pública tem sido reiteradamente utilizada como verdadeira pena antecipada, em clara violação ao devido processo penal e à presunção de inocência. Prende-se como forma de justiça sumária para, só depois, investigar e, se for o caso, condenar.

Partindo-se da idéia de que o imputado é inocente até que se prove o contrário por meio de decisão condenatória transitada em julgado, há que se dispensar a ele um tratamento de mínimas restrições a seus direitos fundamentais, não podendo, nesta senda, decretar-se uma prisão cautelar com base em um infundado perigo de reiteração.

Uma vez que o réu deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da decisão condenatória, a única prisão a ele cabível ao longo do processo será a de natureza cautelar, não sendo a gravidade em abstrato, o clamor público e a credibilidade da justiça meios aptos a imporem uma prisão efetivamente acautelatória.

Assim, no tocante à matéria, os tribunais pátrios têm firmado sólido entendimento no sentido de que, não se demonstrando a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, os quais deverão ser interpretados restritivamente, restará impossibilitada a decretação de medida cautelar. Tal tendência tem sido conduzida pelos tribunais superiores, apesar de alguns percalços no trajeto, cumprindo colacionar os seguintes julgados:

---

<sup>73</sup> SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. Revista de Estudos Criminais, nº 10, Porto Alegre, Nota Dez, 2003, *apud* LOPES JR., Aury, *op. cit.*, p. 216.

(...) V. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

VI. Cabe ao Julgador, ao avaliar a necessidade da decretação da custódia cautelar, interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.

VII. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos, bem como a repercussão social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto, que não a própria prática delitiva.(...)

X. Conclusões vagas e abstratas, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, configuram meras probabilidades e suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, e não podem respaldar a medida constritiva.<sup>74</sup>

(...) A existência de indícios de autoria prova e materialidade do crime imputado ao paciente, bem como a repercussão social do suposto fato delitivo, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculada de qualquer fator concreto que não a própria prática, em tese, criminosa.

Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva mormente para garantia da ordem pública, pois desprovidos de propósito cautelar, com o fim de resguardar o resultado final do processo.

Conclusões vagas e abstratas, sem vínculo com situação fática concreta, a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, não podem respaldar a medida constritiva para garantia da ordem pública.

Precedentes desta Corte.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional e reformada a decisão de pronúncia, na parte em que manteve a custódia do paciente, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada novamente a prisão preventiva, com base em Ordem concedida.<sup>75</sup>

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRI-LHA E ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PRISÃO CAUTELAR COM FUNDAMENTO APENAS NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 9.034/95. PRECEDENTES DO STJ.

1. A necessidade da decretação ou da manutenção da prisão cautelar, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, deve, obrigatoriamente, ser demonstrada com fundamentos objetivos e elementos concretos contidos nos autos que revelem a presença, na hipótese, dos requisitos autorizadores da custódia, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

<sup>74</sup> BRASIL, STJ, HC 52225/SP, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.09.2006.

<sup>75</sup> BRASIL, STJ, HC 68505/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 05.02.2007.

2. A gravidade em abstrato do delito e a mera alusão à Lei n.º 9.034/95, dissociadas de quaisquer outros elementos concretos e individualizados, não têm, de per si, o condão de justificar a custódia cautelar. Outrossim, argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, não podem respaldar a prisão provisória, a qual somente poderá ser justificada com motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar do ora paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.<sup>76</sup>

#### HABEAS CORPUS. DIREITO PROCES-SUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. A alusão ao "profissionalismo" do agente e a sua primariedade, desacompanhada de qualquer demonstração efetiva, é insuficiente à legalidade da preservação da prisão cautelar do paciente.

3. Ordem concedida.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> BRASIL, STJ, HC 60.790/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.10.2006, DJ 04.12.2006 p. 347.

<sup>77</sup> BRASIL, STJ, HC 66124/RN, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 19.03.2007 p. 396.

## 5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Inicialmente, a questão da execução provisória da pena pode aparentar girar em torno do pretense conflito entre conceitos cuja terminologia é semelhante, mas que se diferem profundamente na essência: eficiência e efetividade. No entanto, infere-se que, em última instância, deve-se falar em uma disputa entre garantismo e utilitarismo.

Entende-se por eficiência uma análise dos meios para o desenvolvimento de ações aptas para se chegar àquilo reputado como o melhor resultado (ou ao menos o desejado), com os menores custos, não sendo necessário, para tanto, atingirse a perfeição ou realizar um trabalho com resultado de alta qualidade, bastando que isso se faça com um gasto otimizado.<sup>78</sup>

Na medida em que é impossível a correta previsão do resultado do processo, a atenção volta-se aos meios. A eficiência condiria, então, com a obtenção de um dado resultado com o dispêndio de menores quantidades de recursos de forma célere.<sup>79</sup>

Por seu turno, a efetividade reclama uma análise dos fins a serem atingidos, tornando-se, para tanto, de menor importância os meios empregados. Utilizam-se os meios que se mostrarem necessários para a persecução de um dado fim.

Em verdade, ambos os conceitos, se levados a posicionamentos extremos, sendo desvirtuados os fins precípuos a serem atingidos, levarão a um quadro de violação aos princípios e valores constitucionais.

---

<sup>78</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica. 2006, p. 126.

<sup>79</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 36.

Sob uma perspectiva eficientista, se se presta a atingir um resultado imediatista sem a devida observação dos direitos e garantias fundamentais, ocorrerá, invariavelmente, uma decisão utilitarista.

No processo penal, ante suas particularidades e, sobretudo, a preciosidade dos bens jurídicos envolvidos, a situação torna-se ainda mais alarmante. Em ocasiões cujo fato imputado ao réu se revista de grande gravidade em abstrato e tenha considerável repercussão na opinião pública, advindo daí o que se chama de clamor público, tal visão eficientista significará resultados essencialmente utilitaristas: desrespeita-se direitos do argüido de modo a instrumentalizá-lo como meio de pacificação social. Seria este o fim precípua do processo penal ou estar-se-ia por lhe conferir um caráter de prevenção geral?

Samuel Arruda Miranda, entende que:

Sendo correto estabelecer como premissa que uma prestação jurisdicional minimamente eficiente – em termos de dispêndio de recursos públicos, celeridade na decisão e eficácia das sentenças adotadas – é condição *sine qua non* para o reconhecimento de uma justiça materialmente equânime, a recíproca não é necessariamente verdadeira. Com efeito, a análise de custos, conseqüências e da produtividade do serviço judicial pode vir a não coincidir com a realização do Direito.<sup>80</sup>

Por outro lado, se se busca trazer, com plena violação dos direitos do argüido, uma maior efetividade às decisões condenatórias, estar-se-ia, mais uma vez, utilizando-se o paradigma utilitarista.

A questão da aceleração do tempo do processo penal, como forma de uma busca pelo pretense aumento de sua efetividade, tem sido freqüentemente suscitada nas searas jurisprudencial e doutrinária. A população, como um todo,

---

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*, p. 122.

clama cada vez mais por punições imediatas, decorrentes de processos cada vez mais céleres, não importando, para tanto, os meios a serem empregados.

Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranqüilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção.<sup>81</sup>

Decisões pautadas na credibilidade da justiça, na diminuição do sentimento de impunidade, no imediatismo dos efeitos da condenação como forma de proporcionar conforto emocional à população, ao deixar de observar direitos fundamentais do processado (presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, etc.), deverão ser tidas como ilegítimas, em razão da indevida submissão de direitos invioláveis dos indivíduos ao alegado interesse da coletividade.

Em verdade, torna-se extremamente difícil encontrar o equilíbrio, posto que, se é verdade que o processo penal deverá ser um instrumento apto para individualizar as condutas tidas como anti-sociais para a devida aplicação do Direito penal dentro de um tempo razoável, por outro, deve-se assegurar o estrito respeito aos direitos fundamentais do imputado.

Assim, torna-se de extrema valia a construção de uma Teoria Constitucional do Processo Penal: deverá o processo trilhar-se partindo dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, sobretudo os direitos fundamentais.

---

<sup>81</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 29.

Os direitos fundamentais, encarados tanto pela perspectiva subjetiva como objetiva, devem representar limites à atuação estatal, de forma que devem estar fora do âmbito da discricionariedade casuística, sendo defeso ao julgador sopesá-los em cada caso concreto sem balizas para tanto.

Em matéria criminal, o sopesamento, técnica utilizada para solucionar colisões entre princípios, não pode ser dissociado de uma base filosófica, política e jurídica estabelecida aprioristicamente de forma a assegurar a estrutura do Estado de direito, a democracia substancial e os direitos fundamentais ante a violência institucionalizada do Estado.<sup>82</sup>

Em um período pós-positivista, onde é conferida ao Direito uma maior carga axiológica, sendo incorporado ao ordenamento jurídico uma enorme pauta de princípios e valores, demanda-se do Estado-juiz uma maior amplitude de poder, onde o mesmo poderá desempenhar sua função decisória não mais com base tão só na lei, mas nos preceitos constitucionais.

Embora essa nova postura do Poder Judiciário surja ligada à defesa dos direitos fundamentais e à valorização dos direitos humanos, sua aplicação em matéria de direito penal e processual penal não tem se orientado pela proteção da liberdade dos indivíduos (...). Ao contrário, tem se revelado um instrumento a serviço da ampliação dos poderes punitivos e persecutórios do Estado.<sup>83</sup>

À atuação estatal, sobretudo da função jurisdicional, devem ser impostos limites, de forma que não haja um decisionismo casuístico, onde em cada caso concreto, ante impressões acerca de certos dados aferidos, possam os direitos fundamentais ser sopesados de formas diferentes, de modo a serem mitigados.

---

<sup>82</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 158-159

<sup>83</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. Op. cit., p. 149.

Com Thiago Bottino do Amaral, infere-se que é necessária a criação de limites apriorísticos de proteção dos direitos fundamentais, de modo a impedir a utilização desregrada e abusiva da ponderação, sobretudo em razão de conflitos entre as liberdades individuais e o interesse público repressivo em matéria de Direito criminal.<sup>84</sup>

Esta proteção, consubstanciada na reserva de ponderação, está diretamente ligada à leitura política da legitimidade do poder estatal a partir da tutela dos direitos fundamentais, à estruturação de um sistema jurídico no qual o exercício de poder por parte do Estado esteja adstrito ao *rule of Law* e um sistema punitivo.<sup>85</sup>

A partir de uma visão contratualista, encarando-se o Estado como um meio legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, deverá o mesmo pautar-se na observação, defesa e promoção destes últimos.

Neste diapasão, uma perspectiva garantista do Direito criminal deverá servir contra a ameaça de uma exacerbação da violência estatal.

Dentre as técnicas de atuação jurisdicional voltada à limitação do poder punitivo e ampliação do espectro da liberdade é que se inclui o conceito de reserva de ponderação. Portanto, utilizando os fundamentos teóricos até agora delineados, é possível enunciar critérios suficientemente claros que vinculem a atuação jurisdicional numa hipótese de ponderação em matéria penal e processual penal. (...) Num hipótese de ponderação entre dois ou mais princípios (ou seja, em que não haja regras que normatizem a situação fática e ocorra a incidência direta dos princípios), é preciso, inicialmente, atribuir peso abstrato superior aos princípios que protejam as liberdades individuais em contraposição àqueles que tutelem bens coletivos ou interesses estatais e, ainda, desenvolver argumentos capazes de demonstrar, em cada uma das etapas da ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o respeito às finalidades da legislação penal assim entendida a partir da perspectiva garantista. Ademais, somente argumentos de princípios – e nunca argumen-

---

<sup>84</sup> Idem, ibidem, p. 151.

<sup>85</sup> Idem, ibidem, p. 151.

tos políticos – podem ser utilizados para justificar restrições às liberdades individuais.<sup>86</sup>

A reserva de ponderação se pauta, portanto, na identificação de critérios racionais que possam servir de baliza para a ponderação entre princípios aplicáveis à espécie, de modo a proteger a parte mais frágil em dada relação jurídica que, no processo penal, é sempre o acusado. Os direitos fundamentais devem ser encarados como *conditio sine qua non* para a legitimidade do direito.

Assim, levando-se em consideração essa necessidade de utilizar-se de uma reserva de ponderação em matéria criminal, não podem prosperar acepções utilitaristas acerca da eficiência e da efetividade da jurisdição penal. Assim, deve-se compreender efetividade como

(...) a necessidade de se preservar o adequado funcionamento do processo e da jurisdição penal, de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.<sup>87</sup>

Por seu turno, uma perspectiva do processo sob o viés da eficiência poderá ser utilizada desde que não submeta, ilegitimamente, os direitos do imputado aos interesses da maioria ou do Estado, o que violaria o pacto social.

Antes de verificarmos os meios despendidos para o alcance de um dado fim, é necessário que o fim tenha sido alcançado. Assim, se os julgamentos são proferidos de maneira célere ou pouco dispendiosa, mas as garantias constitucionais da parte não são respeitadas, o sistema jurisdicional persistirá sendo ineficiente. É que o fim último do sistema judicial – aplicar o direito *in concreto*, mediante processo equitativo – não foi alcançado. Havendo um tal desvirtuamento dos próprios objetivos do sistema, a questão dos meios despendidos não poderá compensar o vício. A análise de eficiência pressupõe uma questão prévia: realização da atividade. Se esta não foi prestada ou

<sup>86</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. Op. cit., p. 157-158.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 4ª Edição, 2005, p. 421.

o foi invalidamente, não interessam os parcos meios despendidos ou o curto tempo demandado. Persistirá sendo ineficiente.<sup>88</sup>

Neste contexto, a questão da execução provisória da pena ganha peculiar relevo. Considerando-se que a Constituição Federal elenca o princípio da presunção de inocência, a partir do qual ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, eventual prisão decretada quando ainda caiba recurso criminal, pautada em um juízo de culpabilidade prévia, violará o direito fundamental do acusado.

A doutrina e jurisprudência mais comprometida com o clamor público e os alegados anseios sociais têm freqüentemente suscitado a necessidade da constrição corporal do imputado baseada em mera sentença condenatória ou na ausência de suspensividade de certos recursos (sobretudo os recursos especial e extraordinário) em detrimento da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, etc.

Nesta esteira, Walter Nunes da Silva Júnior afirma que:

(...) não parece correto o entendimento de que a execução da pena de prisão somente há de ter início após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Note-se que os recursos extraordinário e especial, conquanto tenham apenas a função uniformizadora da jurisprudência, não podem constituir-se obstáculos ao cumprimento do que ficou acertado na condenação. (...) De qualquer maneira, se não há necessidade do trânsito em julgado em si da sentença condenatória para que haja início da execução da pena imposta pela autoridade judiciária, pela sistemática adotada em nosso regime, não parece razoável admitir-se que ela tal se dê já em relação à decisão de primeira instância. (...) Uma coisa é certa: se se quer, realmente, diminuir o sentimento de impunidade que reina em nosso cenário, é indispensável repensar o papel da sentença dada pelo juiz de primeira instância. Ela não pode, especialmente no processo criminal, ser um nada jurídico. Dada a sentença, a regra é que ela tem de ter algum efeito concreto, sob pena de a jurisdição de primeira instância ser uma

---

<sup>88</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 128.

mera etapa de passagem, com concentração do poder decisório nas instâncias superiores.<sup>89</sup>

Tal entendimento não pode prosperar. A mitigação de direitos fundamentais não pode se pautar em questões políticas, como levantado (questão de política judiciária). O princípio da presunção de inocência deve ser estruturante do sistema de persecução criminal, impondo, neste sentido, que o processo demore o quanto for preciso para a devida maturação da decisão condenatória.

No que tange à duração razoável do processo, entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos. (...) A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal.<sup>90</sup>

O que se mostra imprescindível para uma eficiente aceleração do processo é a utilização de recursos tecnológicos como meio de evitar os lentos trâmites burocráticos, bem como o investimento na capacitação dos servidores cartorários. O que não pode ocorrer é a supressão de procedimentos que foram criados justamente para assegurar ao imputado a mais devida observância de seus direitos mais basilares.

O processo foi feito para demorar e, desta forma, não poderia ser diferente. Nada mais natural que o arguido se utilize de todos os mecanismos que lhe forem oportunizados para participar do processo decisório, de forma que possa efetivamente influir no convencimento do julgador. Isto é imprescindível para que a decisão condenatória se conforme aos regramentos aplicáveis à espécie.

---

<sup>89</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 844-848.

<sup>90</sup> LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006, pp. 34 e 37.

O lento trâmite processual é, em verdade, decorrente do inchaço pelo qual o Direito penal contemporâneo<sup>91</sup> vem passando, que tem abarrotado os tribunais com cada vez mais processo, sem haver, em contrapartida, o devido investimento na máquina judiciária, não podendo o réu, portanto, ser responsabilizado por tal fato, tampouco sofrer violações em seus direitos fundamentais.

---

<sup>91</sup> O chamado Direito penal da era da globalização.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame dos fundamentos do processo penal remete aos fundamentos da atuação estatal. O processo, por atividade pública que naturalmente é, deve possuir como fim precípua a salvaguarda dos direitos reputados de maior importância para os interessados e para a coletividade como um todo.

O Estado, dentro de uma ótica contratualista, não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento criado para garantir direitos e legítimas expectativas dos indivíduos, de forma que deverá pautar sua atuação em conformidade com os direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e difusos), utilizando-os como parâmetro de limitação de seu poder.

No constitucionalismo contemporâneo, conhecido como neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais podem (e devem) ser encarados não só por uma perspectiva subjetiva, do ponto de vista do sujeito passivo, mas também por um âmbito objetivo, que representam princípios cuja otimização deve ser perquirida em todas as esferas de atuação estatal. Desta feita, o Estado, ao procurar atingir o interesse público, deverá fazê-lo de forma a adequá-los em eventuais situações de conflito.

Entretanto, nestes tempos de pós-positivismo, onde se tem buscado imprimir ao Direito uma maior carga axiológica e, por conseguinte, conferir-lhe a possibilidade de atingir uma aclamada justiça material, se tem visto um cada vez maior ativismo judicial, onde, invocando princípios e valores constitucionais, magistrados têm desregradamente mitigado e até mesmo violado garantias constitucionais.

Embora essa nova postura do Poder Judiciário tenha surgido como meio de salvaguarda dos direitos fundamentais, sua aplicação em matéria de direito penal

e processual penal não tem se orientado pela proteção da liberdade dos indivíduos. Tem-se observado a utilização do processo penal e de seus institutos como meio de pacificação social, sendo correto dizer que lhes é conferido o caráter de prevenção geral e especial, o que, em tese, deveria ser característica da pena.

No âmbito criminal, a atividade estatal se dá com o maior grau de violência institucionalizada, encontrando seus maiores custos justamente pela preciosidade dos bens jurídicos envolvidos: dignidade da pessoa envolvida, sua vida e liberdade. Para que atue com legitimidade, o Estado deverá fazê-lo com plena observância aos direitos e garantias fundamentais.

A função jurisdicional, assim, toma contornos conflitantes, posto que, se de um lado possui como fim a atingir a aplicação do direito penal material e, por conseguinte, a segurança jurídica, por outro, deverá garantir as liberdades individuais.

O problema torna-se ainda mais grave no caso das execuções antecipadas da pena. No âmbito do processo penal, a Constituição da República expressamente estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII). Assim, inquiriu-se se a execução provisória da pena se coadunar-se-ia à teoria dos direitos fundamentais.

A concepção contemporânea de Estado de direito, também chamado de Estado Constitucional Democrático, dá primazia aos direitos fundamentais, de onde deve emergir uma Teoria Constitucional do Processo Penal. Os princípios constitucionais, sobretudo os que refletem direitos fundamentais, devem constituir a essência da estrutura do processo penal, seja direcionando o legislador ordinário, seja impondo balizas para o operador do Direito.

Com apoio na doutrina de Thiago Bottino do Amaral, delineou-se sucintamente o que se chamou de reserva de ponderação das normas em matéria criminal. Havendo conflito entre normas, deverá ser dada prevalência aos direitos fundamentais da parte mais frágil do processo penal, que sempre é o imputado.

Assim, no âmbito do processo penal, não há que se falar em eficácia ou eficiência sem a devida observação e resguardo dos direitos fundamentais do réu. A execução provisória da pena, por ser medida de extemporânea aplicação da sanção penal, deverá ser repudiada, por violar direitos constitucionalmente assegurados do réu, quais sejam: presunção de inocência, ampla defesa, duplo grau de instrução.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOTTINO DO AMARAL, Thiago. *Reserva de ponderação das normas em matéria criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRANCHINI, Alceu e COSTA, Luiz Flávio. *Curso de Direito Penal da Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUARDIÃO FILHO, José dos Santos. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FLAMANTO, José Carlos. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Carlos. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Carlos. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Carlos. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

## REFERÊNCIAS

Livros:

AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de Normas em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª Edição, 2008.

DELMANTO Jr., Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª Edição, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Edições Podivm, Vol. 1, 9ª Edição, 2008.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 4ª Edição, 2005.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª Edição, 2006.

LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2ª Edição, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, Vols. I e IV.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 4ª edição, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA Jr., Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. Vol. 1, 2004.

Zaffaroni, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2004.

Artigos da Internet:

BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**.

Disponível em:

<[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar\\_revproc03](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar_revproc03.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**.

Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 abr. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 03 abr. 2008.