

ano 18 - n. 72 | abril/junho - 2018
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i72
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Direitos fundamentais penais: entre o legislador e o tribunal constitucional*

Criminal Fundamental Rights: Between the Legislator and the Constitutional Court

Edilson Pereira Nobre Júnior**

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)
epnobre@trf5.jus.br

Recebido/Received: 17.11.2017 / November 17th, 2017

Aprovado/Approved: 26.08.2018 / August 26th, 2018

Resumo: O presente escrito discorre sobre a importância das inovações que o Estado de Direito trouxe para o direito criminal, sendo de destaque a confiança atribuída ao legislador representativo para dispor, objetiva e taxativamente, sobre as relações jurídicas que envolvem tal ramo jurídico. Diante disso, procura-se analisar os limites do tribunal constitucional no que concerne ao exame da legislação penal, de maneira a evitar que excessos deste possam comprometer a segurança jurídica que assegura a legalidade, garantido, assim, os direitos fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Direito Penal. Legalidade. Tribunal constitucional. Direitos fundamentais. Estado de Direito.

Abstract: The current paper aims to describe the importance of innovations brought by the Lawful State to criminal law, being noticeable the trust given to the representative legislators to objectively deliberate about the juridical relations which surround this legal area. In this context, this writing seeks to analyze the limits of the Constitutional Court regarding the examination of penal law, so that its excesses may not compromise the juridical security which ensures legality, therefore guaranteeing the citizens' fundamental rights.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos fundamentais penais: entre o legislador e o tribunal constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 235-254, abr./jun. 2018 DOI: 10.21056/aec.v18i72.886

* Inédito, o texto representa o conteúdo de palestras realizadas pelo autor em duas ocasiões. Primeiramente, nos "Diálogos Constitucionais – Direito e Política em tempos de incerteza", cuja realização ocorreu no Auditório João Coutinho da Universidade de Pernambuco (UPE), no dia 21 de setembro de 2017. Ao depois, no dia 25 de setembro de 2017, durante o seminário "O papel do Poder Judiciário nas democracias", o qual teve lugar na Faculdade de Direito do Recife (UFPE) sob o patrocínio do Grupo de Pesquisa Direito e Política do respectivo Programa de Pós-Graduação em Direito.

** Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPE. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Ocupante da Cadeira Dezesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. *E-mail:* <epnobre@trf5.jus.br>.

Keywords: Criminal law. Legality. constitutional court. Fundamental rights. Rule of law.

Sumário: **1** Um passado ainda inquietante – **2** A legalidade criminal e as constituições – **3** O legislador, a constituição e o tribunal constitucional – **4** O STF e a lei penal (dois precedentes) – **5** Síntese conclusiva – Referências

“A lei não tem paixões.”

(Aristóteles)

1 Um passado ainda inquietante

O dia, 15 de fevereiro de 1777. Nele se lia na *Gazeta de Berna* um anúncio de um concurso literário. Pagava-se ao vencedor a soma de cinquenta luíses, tão logo dobrada, para quem elaborasse uma dissertação que constituísse num estudo completo e detalhado do direito criminal praticado no continente europeu.

O vencedor, o filósofo. Aquele que zombava dos reis – e, mesmo assim, de muitos deles não deixava de merecer a admiração. Pois bem. Daí Voltaire brindar a humanidade com o último de seus escritos, *O preço da justiça*.

Nele, descortina um cenário lúgubre, no qual, ao menos, quatro características predominavam. A primeira delas era a desigualdade perante a ordem jurídica. Aos aristocratas, um direito especial, inçado de privilégios. Aos demais, a submissão a uma legislação cruel.¹ A diversidade de tratamento também se fazia notar no que concerne ao processo penal.

Singularidade era representada pela outorga do poder punitivo em favor da Igreja. A aliança com os soberanos fazia com que a fé fosse então julgada como processo criminal e às pessoas eram impostos suplícios por causa de um argumento. Asfixiava-se a liberdade de pensamento à medida que se impunha o tribunal que mais ouviu os delatores do que os acusados.

Em seguida, vicejava o abuso na legislação, cabendo ao rei e à nobreza dizer o que deveria ser considerado crime e impor, nos seus julgamentos, as penas que o seu sentimento pessoal aprovesse.² A literatura não se omite em revitalizar tal passado.³

¹ Numa passagem, colhe-se do autor: “Na Polônia, até os últimos anos, qualquer fidalgo, *elector regum et destructor tyrannorum*, podia assassinar nobremente um lavrador, um servo da gleba, por cerca de trinta francos de nossa moeda” (VOLTAIRE, 2006, p. 17).

² Esse traço fez com que invocasse os puritanos ingleses que, fazendo uma revolução com a precedência de quase uma centúria, nunca deixavam de servir como parâmetro de comparação, conforme, no trecho a seguir, sobre o incesto, pode-se perceber: “A França não tem lei expressa contra essas espécies de delitos, mas alguns tribunais por vezes os puniram com a morte baseados em sua própria autoridade. A respeito, podemos observar a superioridade da jurisprudência inglesa: ela puniria qualquer juiz que tivesse infligido uma pena que a lei não decretasse” (*Loc. cit.*, p. 70).

³ É de se recordar Ítalo Calvino (2008, p. 29-30), ao traçar narrativa sobre o imaginário Visconde Medardo Di Terralba que, numa batalha contra os turcos, foi atingido frontalmente por um tiro de canhão vindo a

Diante de tudo isso, vivia-se no reino de penas cruéis e desproporcionais.

Antes, de tal realidade se ocupou Cesare Beccaria.⁴ Inicialmente, vislumbra o fundamento do direito de punir como uma resultante das parcelas de liberdade que sacrificam os homens em favor de uma vida melhor. O exercício – quando viesse a se afastar de tal baliza – constituiria abuso e jamais um poder legítimo.

Por isso, segundo o autor, uma primeira constatação era a de que somente as leis, cujo direito de sua elaboração apenas poderia pertencer ao legislador, na condição de representante de toda a sociedade, é que seriam idôneas para indicar as condutas que constituem crimes e quais as suas penas. Já ao magistrado, na qualidade de parte da sociedade, não caberia aplicar a outro membro daquela uma pena não estabelecida em lei. O juiz não deve ser mais inflexível do que a própria lei.⁵

Acrescentando, numa outra ordem de ideias, afirmou o autor que o legislador, em representando a sociedade, somente poderia editar leis gerais, para as quais todos, sem distinção, devam obediência.

É possível, então, constatar que, no período precedente às revoluções liberais, o direito penal era marcado, além da desigualdade, por um clima de incerteza e insegurança, o que contribuía para aproximá-lo do reino do injusto.

2 A legalidade criminal e as constituições

Diante desse panorama, surge a formulação da ideia do Estado de Direito, tendo como uma das finalidades a de se contrapor ao rei (e igualmente à nobreza) como titular da produção jurídica.

Forjou-se, assim, inicialmente por parte dos puritanos ingleses e, posteriormente, pelos revolucionários franceses, uma reação diante de um modelo que residia na aceitação da ideia de que o rei, na qualidade de representante de Deus perante a sociedade, aglutinava em torno de si a produção do direito.

sobreviver, mas somente lhe restando a metade de seu corpo. Ao retornar ao seu condado, aguardava-lhe presidir um julgamento contra uma quadrilha presa no dia anterior pelos guardas do castelo sob a acusação de terem assaltado cavaleiros toscanos que por suas terras passavam no caminho da Provença. O chefe dos bandidos se defendeu afirmando que assim atuaram porque tais cavaleiros, quando de sua passagem no feudo, encontravam-se a caçar sem que os guardas exercessem qualquer vigilância. No seu veredito, Medardo condenou a quadrilha por morte na forca, em virtude da rapina, mas como as vítimas eram caçadores ilegais, condenou-os igualmente. Quanto aos guardas, porque intervieram tarde demais, determinou também que morressem enforcados. Se a partir daí veio a crença de que somente voltara a metade má de Medardo, não menos evidente resta a reminiscência da elasticidade e arbitrariedade do poder de punir à época.

⁴ BECCARIA, 1983, p. 14-16.

⁵ Eis as palavras do autor: “Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob o pretexto do bem público, acrescentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão” (*Loc. cit.*, p. 16).

De fato, sobre o fenômeno contra o qual se esboçava oposição, García de Entería sintetizara as suas bases com a observação seguinte: “Quebrantar o Direito comum, justificar as exorbitâncias, as derrogações às Leis estabelecidas, tudo sobre a base de uma superioridade substantiva do Rei, como comissionado de Deus para o governo humano, tal é o conteúdo deste novo Direito”.⁶

Tanto foi assim que a onipotência do poder régio chegou a produzir, em França, onde o fenômeno se prolongou de forma aguçada, uma máxima corrente, segundo a qual toda pessoa estaria, nalguma medida, obrigada para com o rei e este, por sua vez, não estaria vinculado para com ninguém (*chacun tient du Roy, le Roy ne tient de personne*).

Por isso, e no propósito de impedir o abuso da legislação, os liberais lançaram mão de duas fórmulas. Foram elas a divisão dos poderes e a representação popular.

Mediante a primeira, destacava-se em favor de outro segmento, de formação colegial, a função legislativa, a qual não mais pertencia ao príncipe. A este remanesceria a prerrogativa de veto, de natureza suspensiva. Considerando-se o primado da lei, o resultado era a subordinação da atuação do Executivo ao Parlamento.

Pela segunda, o poder de legislar, pela técnica da representatividade, não mais seria exercido por uma classe restrita, estando a pertencer à nação.

O desejo dos revolucionários foi então o de repelir que a fonte do direito estivesse num âmbito transcendental à comunidade, demonstrando, ao inverso, que estaria nesta, a ser materializada pela vontade geral.

Portanto, a tônica do momento foi a de assentar que a vontade popular, para a qual se deslocava a noção de soberania, depositava sua confiança na lei, cujos comandos deveriam ser gerais, para o fim de assegurar a igualdade, tão solapada pelas leis singulares ou de privilégio, que favoreciam, de maneira extremada, a nobreza e o clero.

Em complemento, os revolucionários pretenderam a sistematização da concepção de um governo que não mais ficasse subordinado ao talante dos governantes, mas sim que, em se moldando à figura neutra da lei, garantiria a liberdade dos cidadãos.

Com isso, almejava-se afastar as intervenções arbitrárias do Poder Público sobre a liberdade de locomoção e sobre a propriedade.

A pretensão à igualdade e à liberdade, portanto, foi a tônica dos aspirantes ao governo de leis. Expressando a sua vocação de atingir todos e não apenas alguns, a generalidade que se exigia do legislador era uma prova robusta disso.⁷

⁶ “Quebrantar el Derecho común, justificar las exorbitancias, las derogaciones a las Leyes establecidas, todo sobre la base de una superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho” (ENTERÍA, 2001, p. 98-99).

⁷ Registre-se que esse liame, então verificável entre o conceito de lei e a isonomia, constituiu alvo de intensa observação de Carl Schmitt: “O Estado burguês de Direito se baseia na liberdade e na igualdade

Desse modo, o denominado “império da lei” teve, inicialmente, a sua consagração nas declarações de direito, sendo notável para esse fim a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 (arts. 4º a 6º),⁸ logo se passando para as primeiras constituições, o que é exemplificado pelo art. 3º do Título I e pelo art. 3º do Título III, Capítulo II, da Constituição francesa de setembro de 1791.⁹

dos cidadãos. Disse antes, no 2, que o conceito de liberdade burguesa pressupõe o conceito de lei que aqui temos designado como próprio do Estado de Direito. Porém, também o conceito de *igualdade*, bem entendido, conduz à mesma concepção da lei. Quase todas as Constituições dizem hoje que ‘todos os cidadãos são iguais diante da lei’. [...] Igualdade diante da lei significa não somente aplicação igual da lei promulgada, mas proteção contra quebrantamentos, dispensas e privilégios, qualquer que seja a forma de que surjam. Do amplo campo das questões litigiosas, as quais têm conduzido o postulado da igualdade diante da lei, interessa recolher aqui uma: *a igualdade ante a lei é imanente ao conceito de lei próprio do Estado de Direito*, é dizer, lei é somente a que contém em si mesma a possibilidade de uma igualdade, sendo, assim, uma norma geral. Diante de um mandamento particular, não existe igualdade nenhuma, porque aquele está determinado em seu conteúdo pela situação individual do caso concreto, enquanto a lei no sentido do Estado de Direito significa uma regulação normativa, dominada pela ideia de justiça, e cuja igualdade significa justiça. O conceito, bem compreendido, de igualdade, está inseparavelmente ligado ao conceito, bem compreendido, de lei” (El Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos. Ya se dijo antes, en 2, que el concepto de libertad burguesa presupone el concepto de ley que aquí hemos designado como propio del Estado de Derecho. Pero también el concepto de *igualdad*, bien entendido, conduce a la misma concepción de la ley. Casi todas las Constituciones dicen hoy que ‘todos los ciudadanos son iguales ante la ley’. [...] Igualdad ante la ley significa no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera que sea la forma en que surjan. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de la igualdad ante la ley interesa recoger aquí una: *la igualdad ante la ley es immanente al concepto de ley propio del Estado de Derecho*, es decir, ley es sólo la que contiene en si misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la justicia, y cuya igualdad significa justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de ley) (SCHMITT, 2011, p. 213).

⁸ “Art. 4ºA liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” (Disponível em: <www.direitoshumanos.usp>. Acesso em: 22 set. 2017). Essa preocupação se achava implícita na Declaração de Direito do Bom Povo da Virgínia, precisamente em seu Artigo VII, a mencionar a proibição da suspensão ou execução das leis sem o consentimento dos representantes do povo.

⁹ Título I [...] Art. 3. [...] O poder legislativo não poderá elaborar nenhuma lei que possa prejudicar e obstaculizar o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição; mas como a liberdade consiste em só fazer aquilo que não possa prejudicar os direitos de outrem e a segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra os atos que, ao atacarem a segurança pública ou os direitos de outrem, sejam nocivos à sociedade. [...] Título III. Capítulo II. [...] Art. 3. Não existe na França autoridade superior à da Lei. [...] “Titre I [...] Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l’exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution; mais comme la liberté ne consiste qu’ à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d’autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d’autrui, seraient nuisibles à la société. [...] Titre III. Chapitre II [...] Art. 3. Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi” (*Les constitutions de la France de la Révolution à la IV^e République*. Paris: Dalloz, 2009, p. 6 e 18. Tradução livre para o português).

Projetava-se assentar que toda a ação da Administração deveria ser respaldada de modo prévio pela lei. Mas não somente. Sobretudo e acima de tudo se buscava uma alternativa para a proteção aos direitos fundamentais de então, que gravitavam principalmente em torno da garantia da liberdade e da propriedade.

Portanto, o reflexo da legalidade no direito de punir foi enorme. Assim, a iniciativa do direito constitucional liberal permitiu o descortino das balizas que devem nortear o direito de punir. Principiando-se pela legalidade, o legado se espalhou na salvaguarda da segurança jurídica, na igualdade na lei, nos reclamos da absoluta necessidade para a criminalização, na proporcionalidade das penas e na irretroatividade das disposições incriminadoras.

Dentre os exemplos, um interessante é a Constituição de 23 de setembro de 1822, elaborada pelas Cortes Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa. O seu art. 9º timbrou em acentuar a igualdade na lei, com ênfase para a ausência de privilégios de foro cíveis e criminais, seguindo-se a afirmação constante do art. 10º, segundo a qual as leis somente podem ser editadas com absoluta necessidade. Já o art. 11º dispunha sobre as penas.¹⁰

A Constituição do Império de 25 de março de 1824 – que, apesar de outorgada, ainda refletia fortes traços da concepção liberal – dedicou importante referência, ao tratar dos direitos civis e políticos, à proteção da liberdade de locomoção. Assim, nos vários incisos do seu art. 179 se vê: a) a previsão do julgamento pela autoridade competente (juiz natural) e somente em virtude de lei anterior (inciso XI); b) igualdade na lei, para proteger ou para castigar (inciso XIII); c) vedação de foro privilegiado (inciso XVII); d) a proibição de penas cruéis e infamantes (inciso XIX); e) a não transcendência da pena e inadmissão do confisco de bens (inciso XX); f) requisitos de dignidades para os estabelecimentos prisionais (inciso XXI).

Essas diretrizes, na atualidade, vêm sendo adotadas como direitos fundamentais nos textos das constituições promulgadas depois da Segunda Guerra Mundial.

Nesse particular, basta ver, dentre outras, que a Constituição da República Italiana de 1947 põe a disciplina da liberdade pessoal, com exclusividade, aos cuidados do legislador, o qual deve pré-fixar a atividade do juiz (arts. 13 e 25).¹¹

¹⁰ Eis o teor de tais preceitos: “ARTIGO 9º A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas, que pela sua natureza pertencerem a juízos particulares, na conformidade das leis. ARTIGO 10º Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. ARTIGO 11º Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delincente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes”(Disponível em: <www.parlamento.pt>. Acesso em: 22 set. 2017).

¹¹ “Art. 13. A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida de nenhuma forma de detenção, de inspeção ou investigação pessoal, nem qualquer outra restrição da liberdade pessoal, a não ser por ato motivado da autoridade judiciária e somente nos casos e modos previstos pela lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar

Em seguida, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, além de adotar os princípios do juiz natural e da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, confiou à função legislativa a tarefa de definição de crimes e penas, bem como a de estabelecer os casos de privação da liberdade (arts. 103 e 104),¹² direitos que entendeu deverem pôr a salvo mediante a sua inclusão no rol daqueles que podem ser defendidos pela interposição do recurso constitucional a que se refere o seu art. 93, 4a. A Constituição da República Portuguesa não desprezou o traçar de balizas que regulam a liberdade pessoal (arts. 27^o a 32^o), realçando a centralidade do papel da lei no seu art. 29^o.¹³ A Constituição da Espanha de 1978 não se subtraiu a essa tendência (arts. 17 e 25),¹⁴ a qual repercutiu em nossas plagas, sendo

medidas provisórias, as quais devem ser comunicadas dentro de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não a convalidar nas sucessivas quarenta e oito horas, entendem-se revogadas e privadas de qualquer efeito. É punida toda violência física e moral sobre as pessoas submetidas a restrições de liberdade. A lei estabelece os limites máximos do encarceramento preventivo. Ninguém pode ser privado do juiz natural preconcebido por lei. Ninguém pode ser punido se não em virtude de lei que esteja em vigor antes da ocorrência do fato. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança a não ser nos casos previstos pela lei” (Art. 13. La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”. [...]Art. 25. Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge [102]. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge” (Disponível em: <www.senato.it>. Acesso em: 22 set. 2017. Tração livre para o português).

¹² “Artigo 103 (Direitos fundamentais perante os tribunais) [...] Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento. [...] Artigo 104 (Privação da liberdade) (1) A liberdade do indivíduo só pode ser limitada com base numa lei formal e desde que se respeitem as formas prescritas na mesma. [...] (2) Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação de liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida imediatamente uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. A matéria será regulamentada por lei” (Versão traduzida para o português disponível em: <btg.bestellservice.de>. Acesso em: 22 set. 2017).

¹³ “Artigo 29^o Aplicação da lei criminal 1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. 2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos. 3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. 4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” (Disponível em: <www.parlamento.pt>. Acesso em: 22 set. 2017).

¹⁴ “Artigo 17 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, a não ser com a observância do estabelecido neste artigo e nos casos e na forma previstos em lei. 2. A detenção preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário à realização das investigações tendentes ao esclarecimento dos fatos e, em qualquer caso, no prazo de setenta e duas horas o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial. 3. Toda pessoa

suficiente notar que a Constituição de 1988, num instante de ineditismo, devotou-se à enunciação analítica dos direitos fundamentais penais (art. 5º, XXXVII a LIV), tornando-os cláusula pétrea.

Dois remates podem ser perceptíveis. O primeiro deles é a concepção de que os direitos fundamentais, no plano histórico, situam-se numa relação de complementaridade, de maneira que, mesmo com as evoluções do constitucionalismo, a matéria inerente à garantia da liberdade pessoal conserva os fortes traços moldados sob o influxo das primeiras constituições escritas, de cunho liberal.¹⁵

O outro está em que, nesse âmbito, resta mantido o realce do prestígio da figura do legislador representativo na fixação de restrições à liberdade dos cidadãos. Somente a legalidade é capaz de fornecer a segurança jurídica indispensável ao direito de punir.

Não foi por outro motivo que Aníbal Bruno, a partir da consideração de que a singularidade do direito penal no conjunto dos ramos jurídicos se encontra na importância dos bens jurídicos que protege e pela gravidade das sanções que impõe,

detida deve ser imediatamente informada, e de modo que lhe seja compreensível, de seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar. É garantida a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos estabelecidos em lei. A lei regulará um procedimento de "habeas corpus" para assegurar a imediata apresentação de toda a pessoa ilegalmente detida à disposição judicial. Da mesma forma, a lei determinará o prazo máximo da prisão provisória [...] *Artigo 25*

1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de se produzirem não constituíam delitos ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele instante. 2. As penas privativas de liberdade e medidas de segurança serão orientadas à reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados. O condenado à pena de prisão que a estiver cumprindo gozará dos direitos fundamentais deste Capítulo, exceto aqueles expressamente limitados pela sentença condenatória, pelo sentido da pena e pela lei penitenciária. Em todo caso, terá direito a um trabalho remunerado e aos correspondentes benefícios da Seguridad Social, assim como o acesso à cultura e ao desenvolvimento de sua personalidade" (*Artículo 17* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional. [...] *Artículo 25*

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad" (Disponível em: <www.congreso.es>. Acesso em: 22 set. 2017. Tradução livre do autor).

¹⁵ A continuidade inabalável dos reflexos dos postulados constitucionais do direito penal que foram estabelecidos pelo Estado Liberal de Direito é ressaltada por Luis Prieto Sanchis (2003, p. 261-298), o qual evidencia a cada vez maior importância nos dias atuais.

acentua que aquele tem “de revestir-se, mais que qualquer outro, de condições de certeza e precisão, que a lei em particular é que lhe pode assegurar”.¹⁶

3 O legislador, a constituição e o tribunal constitucional

Não é ocioso repetir que, ao contribuir para a limitação do poder, o Estado Liberal de Direito exaltou o relevo do Parlamento, cuja formação se lastreia no sufrágio dos membros da coletividade.

Passados mais de dois séculos da última das grandes revoluções, qual seja a francesa, o Parlamento se afirma – apesar de fortemente golpeado pela primeira crise da lei no período que mediou entre as duas conflagrações mundiais – como a instituição que, numa analogia com o corpo humano, é o coração do Estado democrático.

A Constituição de 1988 se presta para uma explicação dessa assertiva. O seu Preâmbulo contém a proclamação de que “os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático”, logo seguido do Título I (Dos Princípios Fundamentais), em cujo art. 1º, *caput*, contém uma ratificação, ao se afirmar que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, o que, a mancheias, evidencia a opção do modelo representativo como uma de suas pilastras. E mais: essa percepção torna-se abrilhantada quando o seu parágrafo único preceitua: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹⁷

Complementando, o art. 14 diz que o exercício da soberania popular dar-se-á pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, o

¹⁶ BRUNO, 1978, p. 201. Adiante, a pretexto de investigar a função da lei penal, descortina: “Com os seus imperativos, a lei penal, como toda regra jurídica, delimita as duas zonas do lícito e do ilícito, uma em que o homem é livre de atuar segundo a sua vontade e os seus interesses, a outra diante da qual tem de se deter se não quer ofender aquilo que o Direito apresenta como intocável no interesse da convivência comum, e provocar contra si a sanção estatal. Sem essa limitação da atividade de cada um em frente das condições que determinado povo, em certo momento da sua evolução, considera, pelos órgãos da autoridade coletiva, fundamentais para a vida em comum, a sociedade não poderia subsistir. Essa limitação, portanto, corresponde, não só a um princípio de justiça, que se resolve no harmonioso equilíbrio entre bens ou interesses juridicamente protegidos, mas a um objetivo mais imediatamente realista, que é assegurar a possibilidade da consecução dos fins visados pelo indivíduo e pela sociedade. Além disso, traçando o círculo fechado do ilícito penal, dentro do qual, em princípio, ninguém pode penetrar sem incorrer na pena, e fora do qual ninguém pode sofrer a imposição penal, a lei punitiva não só promove a defesa pela proteção que confere, por meios dos rigores da sua sanção, às condições existenciais da sociedade, nos termos em que ela se acha constituída, mas assegura e delimita o campo de ação do Estado na repressão e prevenção direta da delinquência, e com essa delimitação garante as liberdades individuais em geral e os direitos fundamentais que subsistem no próprio delinquente” (*loc. cit.*, p. 205-206).

¹⁷ Note-se, para fins de respaldo, que, para Peter Hârbele (2000, p. 33), constituem elementos do Estado constitucional tanto a soberania popular, fonte do modelo representativo, quanto a divisão de poderes.

qual foi erigido a cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV), admitindo-se, nos termos da lei, o seu desempenho de forma direta nos casos de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Noutra vertente, o art. 2º não diz apenas que são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Afirma mais. Pronuncia que são independentes e harmônicos. Isso quer dizer que, sem embargo do controle recíproco, que é fundamental para o equilíbrio do Estado, possuem cada qual um núcleo essencial, o qual não pode ser usurpado pelos demais.

A despeito das suas atribuições de fiscalização, é o Parlamento aquele dos poderes estatais que possui como função primária a de elaborar as normas jurídicas, sob a forma de leis.

Não se nega com isso que os outros segmentos constitucionais – incluídos os juízes – tenham parcela de contribuição na elaboração do direito positivo. Contudo, tal atividade quando por estes exercitada é numa maneira de complementação do texto elaborado pelo Legislativo. Trata-se, sem sombra de dúvida, duma atuação secundária, complementar, e isso decorre da circunstância de que o juiz atua como intermediário entre a abstração do texto legal e a realidade fática.

A atividade de elaborar normas gerais e abstratas, por sua vez, é privativa do legislador e neste ponto possui um espaço de liberdade para tanto, ao qual se convencionou denominar de liberdade de conformação.

Essa liberdade – não demasiado advertir – não se alça a contornos absolutos. Tal é assim em face da força normativa e supremacia da constituição, da qual decorre uma vinculação a esta tanto dos poderes públicos quanto dos particulares.

Assim, o legislador se encontra sujeito às normas constitucionais, seja quanto ao processo legislativo, seja, do mesmo modo, quanto ao conteúdo das matérias a que se propõe a disciplinar, daí se cogitando das figuras da inconstitucionalidade formal e material.

Segue-se, então, que, na atividade primária de criação do direito, a liberdade do órgão representativo é relativa, mas longe está de significar que esta seja irrelevante.

Tanto é assim que, uma vez aprovada de acordo com as normas constitucionais, a lei é igualmente vinculativa para todos os seguimentos estatais e da sociedade. Isso se justifica por força da democracia representativa, a qual tem como um de seus postulados a divisão de poderes.

Stolleis, nas palavras que seguem transcritas, revela a essência da norma elaborada pelo Parlamento no Estado constitucional:

A palavra neutra “lei” não é um ser vivo com olhos. Uma lei é um texto normativo juridicamente vinculante, que foi aprovado, de acordo

com as normas constitucionais, sob as premissas da democracia representativa, por uma maioria de parlamentares. Seus conteúdos são, em princípio, quaisquer, sempre que se tenham respeitado as formalidades para sua aprovação e não tenham sido infringidas as normas de classe superior, especialmente as constitucionais.¹⁸

Se o legislador está vinculado à constituição, para assegurar o respeito desta, o Estado constitucional confiou a tarefa à jurisdição constitucional, exercitada seja por um tribunal ou corte criados especialmente para tanto, à qual cabe o monopólio de rejeição, ou, à consideração do pioneirismo exitoso dos norte-americanos, à suprema corte, modelo adotado ainda predominantemente entre nós.

Ratificando a importância do tribunal constitucional, e igualmente a sua função, oportuno mencionar Cezar Saldanha,¹⁹ para quem aquela instituição foi modelada para atender aos reclamos do constitucionalismo que se iniciava em Weimar e que, com o advento do pós-guerra, sintoniza-se com a ideia de uma constituição de um conteúdo valorativo mínimo. Constitui – diz – a marca registrada do Estado Social que se instalou na Europa Ocidental da segunda metade da centúria que se findou, configurando, simultaneamente, causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio social e político.

É relevante observar que, igualmente aos demais, trata-se de um poder constituído, de maneira que as suas competências inexoravelmente não de ser exercidas com limitações. É-lhe vedado superar o poder constituinte.

Consoante Lucio Pegoraro,²⁰ tais limites podem ser agrupados em três ordens distintas. O primeiro grupo é o das limitações linguísticas. Não se duvida que, no indiscutível juízo político que exercitam os tribunais constitucionais, muitas vezes expressões de conteúdo aberto, tais como liberdade de iniciativa, igualdade, dentre outras, procedam a uma readequação das normas constitucionais, a fim de sintonizá-los com a evolução dos tempos.

No entanto, tal competência haverá de ser exercida de maneira condicionada, sem a desconsideração da linguagem técnica e da linguagem comum. Se em matéria de constituição esta é preferencial – como diz Badeni²¹ – não se afigura suscetível de esquecimento que o tecnicismo haverá de preponderar quando se trate de expressão cujo significado se encontre consolidado na literatura jurídica.

¹⁸ “La palabra neutra ‘ley’ no es un ser vivo con ojos. Una ley es un texto normativo jurídicamente vinculante, que ha sido aprobado, de acuerdo con las normas constitucionales, bajo las premisas de la democracia representativa, por una mayoría de parlamentarios. Sus contenidos son, en principio, cualesquiera, siempre que se hayan respetado las formalidades para su aprobación y no hayan sido infringidas las normas de rango superior, especialmente las constitucionales” (STOLLEIS, 2010, p. 8-9).

¹⁹ SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 109-110.

²⁰ PEGORARO, 2004, p. 138-145.

²¹ BADENI, 2004. Tomo I, p. 75.

Por exemplo, é vedado vislumbrar-se “prisão preventiva” quando utilizado pelo texto sobranceiro a expressão “prisão em flagrante”, tal como o faz o art. 53, §2º, da Constituição de 1988, diante do rigor técnico já conferido para tais institutos do direito processual penal.

A própria mutação constitucional – adverte Hesse²² – não poderá atentar contra o texto expresso da norma, pois, para ir além desse marco, imprescindível a modificação formal da constituição.

Essa é a razão pela qual tal técnica é empregada, com maior assiduidade, quando se cuida de preceitos constitucionais que consagram conceito que, em face de sua maior generalidade, envolvam um tom maior de indeterminação.

Numa segunda classe, têm-se as restrições denominadas de jurídico-institucionais, as quais versam sobre a sua composição e funcionamento. Dispõem, por um lado, sobre o controle dos demais órgãos constitucionais relativo à investidura dos membros de tais tribunais, podendo se referir, por exemplo, à fixação por lei do número dos juízes, tal qual sucede nos Estados Unidos, bem assim quanto à atuação daqueles na sua escolha.

Relevo especial, no modelo europeu continental, dessa espécie de limitação, está centrado nas leis que disciplinam o seu funcionamento, inclusive os efeitos de suas decisões. Trata-se de uma tentativa de evitar um desequilíbrio entre os poderes estatais, com a atribuição à corte constitucional de uma função de bloquear ou obstar a atividade legislativa do Parlamento.²³

À derradeira, estão os limites de índole política, condizentes com os mecanismos de frenagem relacionados a evitar as indevidas intromissões dos tribunais constitucionais no âmbito de atuação do Legislativo e do Executivo.

Se, no âmbito norte-americano, desde o início de seu labor a Suprema Corte rechaçou as *advisory opinions* e a solução de questões (*political questions*),²⁴ os

²² Sobre o ponto, o autor se mostra incisivo: “Os limites – que assiduamente não resultam de simples determinação em concreto – da mutação constitucional, estão contidos no próprio texto constitucional: resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em aberta contradição com o seu texto” (Los límites – que a menudo no resulta sencillo determinar en concreto – de La mutación constitucional están contenidos en el propio texto constitucional: resulta inadmissible una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto (HESSE, 1996, p. 10; texto em português resulta de tradução livre).

²³ Tal preocupação é evidenciada em Stefano Maria Cicconetti (*Lezioni di giustizia costituzionale*, p. 9), contribuindo para a opção europeia pelo modelo concentrado do tribunal constitucional no lugar do modelo difuso norte-americano.

²⁴ Por isso, observa Christopher Wolfe (1991, p. 144-152) que a afirmação da competência para os juízes examinarem a constitucionalidade das leis nos Estados Unidos sucedeu como um controle judicial moderado, uma vez se tratar de uma questão de interpretação e não de legislação. Daí a deferência à atividade legislativa e a não deliberação sobre questões políticas. Isso sem contar que se circunscreve a casos ou controvérsias, recusando, no ano de 1793, a proposta do Presidente Washington no que concerne à resposta a consulta.

tribunais constitucionais europeus evitam em interferir ou controlar a discricionariedade do legislador, respeitando-a como essência da função normativa dos parlamentos.

4 O STF e a lei penal (dois precedentes)

A partir das considerações já tecidas, passaremos, neste tópico, à abordagem do cenário atual que envolve o relacionamento entre o Supremo Tribunal Federal e o legislador penal. O exame de dois precedentes será fundamental.

O primeiro deles – que vem alcançando intensa repercussão nos noticiários – foi o HC nº 126.296 – SP,²⁵ impetrado contra ato de relator no Superior Tribunal de Justiça, o qual impugnava negativa de liminar em *habeas corpus* dirigido contra determinação de expedição de mandado prisional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Isso porque o paciente, uma vez condenado em primeiro grau à expiação da pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, apelara e tivera insucesso na decisão do seu recurso.

Alegou-se, na ocasião, que a prisão fora determinada após um ano e meio da prolação da sentença, época em que se encontrava há mais de três anos respondendo ao feito em liberdade, sem qualquer motivação e sem que se cogitasse de inovação do cenário fático. Sendo assim, a decretação da medida não prescindiria do trânsito em julgado da condenação.

O pedido foi denegado. Para tanto, o relator estruturou sua argumentação propondo uma reflexão – e que parece ter sido decisiva – no sentido de que o tema envolve um confronto entre o princípio da presunção de inocência frente o da efetividade da função jurisdicional penal, a qual deve atender não somente os reclamos dos acusados, mas também aos da sociedade.

Em complemento, avivou-se a circunstância de que, para o tribunal, os recursos especial e extraordinário, não possuindo eficácia suspensiva, não podem ser tidos como impeditivos da execução do julgado de segundo grau, sem contar que os mesmos não constituem sede propícia para o exame de prova.

Outros julgadores agregaram argumentos, tais como o Min. Gilmar Mendes, o qual se socorreu do modelo configurador da presunção de inocência em convenções internacionais, mais precisamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º, 2).

A motivação fortemente vinculada aos princípios foi objeto do pronunciamento do Min. Luís Roberto Barroso, para quem a presunção de inocência deveria ser

²⁵ Pleno, mv, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 17-02-2016. Na ocasião, restaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

ponderada com o interesse constitucional na efetividade da lei penal e a duração razoável do processo.

O interessante foi a total omissão nos votos, inclusive nos vencidos,²⁶ quanto a dispositivo legal vigente, e voltado à disciplina do tema, qual seja o art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal que, com a redação que lhe imprimiu a Lei nº 12.403, de 04.05.2011, atualmente preceitua: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.²⁷

Desperta maior atenção ainda o fato de que, lembrado mediante postulação formulada como embargos de declaração, o voto do relator, novamente majoritário, limitou-se a tangenciar o debate sobre a eficácia do preceito legal, enfatizando que a pretensão do embargante seria a de rediscutir o julgado, o que não seria permitido pelo art. 619 do Código de Processo Penal. Apenas o Min. Celso de Mello, na condição de vencido no julgamento dos embargos declaratórios, fez menção, nesta oportunidade, ao art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal.

O ponto de partida para o exame do precedente se encontra na circunstância de que, cotejando-se a redação anterior e a atual do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal, tem-se uma diferença substancial entre ambas as disciplinas legislativas. É demasiado significativo que houve uma mudança de orientação sobre a matéria relacionada à execução da pena de prisão.

Se não fosse bastante, o fato de que a Lei nº 12.403/2011 teve por escopo novamente regular o instituto da prisão preventiva, permitindo a sua substituição por medidas cautelares alternativas, já permitia a compreensão de que, dispondo-se também sobre a prisão após o trânsito em julgado, pretendeu o legislador inovar neste domínio.

Ao ignorar tal preceito legal quando do tratamento do assunto, é possível se ver que o Pretório Excelso desconsiderou de forma sensível e evidente a escolha legislativa que outro objetivo não teve senão a de condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença de condenação, ficando ressalvada – apenas e tão somente – uma possibilidade, consistente na edição de ordem judicial, devidamente motivada, no sentido de ordenar a segregação provisória cautelar do réu.

²⁶ É certo que o Min. Celso de Mello, a fim de respaldar o seu dissenso, reportou-se a dispositivos da Lei de Execução Penal (arts. 105 e 147).

²⁷ A redação original tinha o seguinte teor: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

Ao assim fazê-lo, sufragou interpretação que envereda pelo maltrato da divisão de poderes, tida pelo constituinte de 1988 como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito que trata de instituir (art. 2º).

Assim, é de competir a todos os juízes – inclusive e principalmente aqueles que assumem a qualidade de juízes constitucionais – o respeito das opções legislativas quando não destoantes da Lei Máxima.

No caso, é patente a conformidade do texto legal aqui mencionado com direito fundamental moldado em termos tão categóricos, dispondo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF).

Não desconheço que tal direito fundamental – por assim o ser – possa vir a ser relativizado legislativamente. É possível que o legislador – e somente este – o faça, em face da cláusula do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Tanto é assim que, anteriormente à inovação trazida com a Lei nº 12.403/2011, a matéria tinha desenlace diferente, à consideração de que a sistemática imposta pelo Código de Processo Penal aos recursos especial e extraordinário, desprovendo-os de eficácia suspensiva, autorizava que se levasse a cabo a execução da pena restritiva da liberdade tão logo proferida a decisão condenatória de segundo grau, sem que fosse necessário o trânsito em julgado.

Com a modificação em comento, o legislador novamente traçou os contornos da presunção de inocência, para o fim de conferir a esta uma eficácia maior, somente limitada pela decisão de prisão provisória cautelar.²⁸

Ao assim laborar, exercitou o Parlamento, coadjuvado pela sanção do Executivo, competência que lhe é constitucionalmente reservada e que se impõe para o respeito dos demais segmentos estatais, inserido o Judiciário.

Por isso, descabido ao juiz substituir a atividade legislativa válida, a única que pode inovar primariamente na ordem jurídica já estabelecida, por uma de concepção de justiça que lhe é própria. Resta-lhe apenas aplicá-la, embora se exija deva fazê-lo com sabedoria. Jamais lhe é conferido o atributo de afastá-la, pura e simplesmente.

O mais interessante é que o emprego da técnica ponderativa, no caso, afigura-se incorreto, porque alheia ao seu hábitat. A ponderação – é consabido – tem o

²⁸ A despeito de nosso entendimento pela possibilidade de uma relativização da presunção de inocência mediante e unicamente por lei, reforça nossa inclinação pela prevalência do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal, lição de Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Jr., ao compreenderem que o texto sobranceiro já adotou o princípio com uma conotação mais ampla, ressaltando apenas a prisão cautelar. Digna de realce a passagem seguinte: “Observe-se, a situação de condenado ter o termo *a quo* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é consequência lógica dos princípios que, com vigorosa cautela, resguardam o réu durante a apuração do fato-infração penal. Se o *status* de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam postergados, cedendo espaço a presunções que não encontram guarida na Constituição” (1990, p. 91-92).

seu uso quando o legislador, nos termos de regra de competência constitucional, elabora lei restringindo um direito fundamental. Daí a invocação de outro valor constitucional para, contrastando com o direito fundamental a ser restringido, preponderar no conflito de ambos, a partir da verificação dos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Diversa – e bastante – a hipótese na qual uma lei, diante da previsão na Lei Magna de um direito tido como fundamental, desenvolve este numa amplitude maior, mas que se encontra dentro do âmbito da liberdade de conformação legislativa. Aqui não é caso do exercício da ponderação entre normas que consagrem princípios ou valores constitucionais, pois o legislador não está restringindo um direito assegurado pela constituição. Diferentemente, outra postura não se espera da corte ou tribunal constitucional senão reconhecer o exercício válido da legislação.

De igual maneira, a invocação do direito estrangeiro, que permeou, por exemplo, os votos do relator e do Min. Gilmar Mendes, representa um critério impreciso, à medida que, para tal fim, não se pode esquecer as peculiaridades intrínsecas à realidade do país no qual se exercita a atividade interpretativa. E, portanto, tais referências muitas vezes valem mais como uma pretensão ao erudito do que para fins de aplicação do Direito.

O segundo desprezo à competência legislativa se encontra em julgado – menos impactante em termos de mídia – consistente no Agravo Regimental no HC nº 107.710 – SC,²⁹ cuja controvérsia que o inspirou teve sua repercussão geral anteriormente reconhecida no RE com Agravo nº 848.107 – DF.³⁰

Impugnava-se decisão de relator no Superior Tribunal de Justiça, negativa de seguimento a *habeas corpus*.

Na ocasião, discutiu-se sobre a interpretação a ser ofertada ao art. 112, I, do Código Penal, com a redação da Lei nº 7.209, de 11.07.84, a saber: “Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.³¹

Prevaleceu, por indicativo do relator, o entendimento de que o princípio da presunção de inocência deveria influir na aplicação de tal dispositivo. Dessa maneira, o início do prazo prescricional para a pretensão executória não mais deveria recair no trânsito em julgado para a acusação, quando não houver da condenação recurso do acusador, mas sim, em hipóteses que tais, da confirmação da decisão

²⁹ Segunda Turma, mv, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 09.06.2015.

³⁰ Pleno, v.u., rel. Dias Toffoli, julgamento em 11.12.2014.

³¹ A redação originária era a seguinte: “Art. 112. No caso do art. 110, a prescrição começa a correr: a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.

condenatória em segundo grau. Isso sob a justificativa de que o início do fluxo prescricional somente deverá ter seu início quando a pretensão de executar a sentença for possível de ser exercida.

Mais uma vez se incidiu em equívoco. Ao se elaborar a atual redação do art. 112, I, do Código Penal, o que sucedeu faz mais de trinta anos, em nenhum momento o legislador levou em consideração a possibilidade da execução da pena de prisão ocorrer naquele instante. Tal se mostrou – e ainda se mostra – como irrelevante.

Tanto é assim que, àquela época, já se tinha a convicção de que tal execução provisória seria possível, pois, antes da atual redação do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal, a ausência de eficácia suspensiva ao recurso extraordinário não impedia a concretização da pena restritiva da liberdade.

Com efeito que, mesmo ao instante no qual não se reconhecia óbice para que já se pudesse dar operatividade na execução penal após a decisão do segundo grau, a opção legal foi pelo termo inicial do prazo de prescrição da pretensão executória com a sentença condenatória no primeiro grau, contanto que desta não interpusse a acusação recurso.

Os exemplos resultantes da prática forense desmentem tal entendimento. Suponham-se casos onde impostas penas privativas de liberdade não elevadas, tais como os quantitativos de dois anos e seis meses ou quatro anos e um mês, a prescrição da pretensão executória sucederá em oito e doze anos (art. 109, III e IV, do Código Penal), respectivamente.

Procedendo-se a contagem de tais prazos, a partir da sentença condenatória de primeiro grau, da qual não veio a recorrer a acusação, a inexistência de trânsito em julgado da sentença nos oito ou doze anos seguintes antes mostra a total ineficiência da atividade persecutória do Estado, de modo que não se pode invocar que foi o texto legal que obistou a possibilidade de execução da pena. Isso sem precisar se ir até o art. 109, I e II, do Código Penal, onde os prazos prescricionais são de vinte e dezesseis anos.

Desse modo, descabe alterar, mediante interpretação fundada unicamente em princípios, a norma que, cristalina, resulta do art. 112, I, do Código Penal, com o propósito de compensar uma falta de eficiência do aparelho punitivo do Estado.

Injustificável que a pretensão absoluta de realização de princípios venha, na verdade, destruir valores já consolidados, sem exceção, pelas constituições que, gradualmente, se dedicaram à elaboração do Estado de Direito.³²

³² Interessante, no particular, a advertência de Carl Schmitt (1961, p. 75-77), ao chamar à atenção para o perigo da ditadura dos valores, o que se entrelaça com um fanatismo de justiça.

Assim, uma eventual preponderância da efetividade da jurisdição penal, ao argumento de ser de interesse da sociedade, não pode servir, mais uma vez, de pretexto para o aniquilamento da legalidade, a qual confere ao Legislativo – e somente a este – a competência para disciplinar o direito de punir – envolvendo aí presunção de inocência e a prescrição – pois tal pensar conspira, num movimento reverso, contra o próprio corpo social, reduzindo a pó a segurança jurídica, a qual, juntamente com a exigência de lei formal sobre a matéria punitiva, é direito fundamental e indissociável do Estado Democrático de Direito.

5 Síntese conclusiva

Ao cabo do exposto, é possível traçar os remates que seguem:

- a) o direito penal vivenciado no cenário europeu até o final do século XVIII se ressentia de inúmeros absurdos, dentre os quais a desigualdade de tratamento, o poder de punir da Igreja, a ausência de certeza na definição de crimes e penas, razão pela qual, no intuito de correção de tais vícios, as revoluções liberais depositaram sua confiança no legislador representativo, a fim de que o *jus puniendi* fosse permeado de segurança jurídica, tendência que, no quadro evolutivo do constitucionalismo, fez com que tais postulados, oriundos do legal jurídico liberal, permeassem os sistemas de direitos fundamentais das constituições do Estado constitucional;
- b) nos dias atuais, segue-se que o Parlamento constitui o coração do Estado democrático, cabendo, diante da divisão de poderes, o exercício em caráter primário e principal de exercitar a função normativa, tarefa para cujo desempenho somente encontra óbice nas normas constitucionais procedimentais e materiais;
- c) a jurisdição constitucional – instituição à qual foi confiada a defesa da Lei Fundamental – não desempenha a sua competência de maneira inteiramente livre, pois, não podendo ultrapassar o próprio poder constituinte, acha-se sob limitações de variadas ordens, de natureza linguística, institucional e política, sendo esta a que impõe seja respeitada a liberdade conformativa do legislador;
- d) encontrando-se a nova redação do art. 283, *caput*, da codificação processual penal, em perfeita sintonia com o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pois delimita o alcance deste direito fundamental dentro da margem de liberdade que é conferida ao legislador, não poderia

restar desconsiderada com base numa invocação à colisão entre os princípios da presunção de inocência e o da efetividade da jurisdição penal, especialmente quando, por tudo e acima de tudo, afigurar-se indiscutível que o mecanismo ponderativo somente é de ser empregado quando se visa validar lei restritiva de direito, o que não foi a hipótese;

- e) da mesma maneira, inadmissível, novamente pela invocação do princípio da efetividade da jurisdição penal, a alteração do sentido inequívoco do art. 112, I, do Código Penal, o qual, ao tratar do início do prazo da prescrição da pretensão executória, não restou influente a possibilidade ou não de execução da pena, mas, antes, visou evitar que uma ineficiência do aparelho persecutório viesse a prejudicar o cidadão.

Referências

- AROUET, François-Marie (Voltaire). *O preço da justiça*. 2. ed. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BADENI, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. I.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983. Tradução de Torrieri Guimarães.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1
- CALVINO, Ítalo. *O visconde partido ao meio*. Tradução de Nilson Moullin. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore.
- ENTERÍA, Eduardo García. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madri: Alianza, 2001.
- HÄRBELE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. 2. ed. Tradução para o espanhol e introdução por Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.
- HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernest *et al. Manual de derecho constitucional*. Tradução para o espanhol por Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996.
- PEGORADO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Tradução de Marta León Alonso. Madri: Dykinson, 2004.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.
- SCHMITT, Carl. *Teoría dela constitución*. Versão para o espanhol por Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2011.
- SCHMITT, Carl. La tirania de los valores. *Revista de Estudios Políticos*, 115, fev. 1961. Tradução de Anima Schmitt Otero.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STOLLEIS, Michael. *El ojo de la ley*. Tradução de Federico Fernández-Chehuet López. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 8-9.

WOLFE, Christopher. *La transformación de La interpretación constitucional*. Tradução para o espanhol por María Gracia Rubio y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos fundamentais penais: entre o legislador e o tribunal constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 235-254, abr./jun. 2018.
