

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Daniele Louise Kopp

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO ÂMBITO
CRIMINAL**

Santa Cruz do Sul
2019

Daniele Louise Kopp

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO ÂMBITO
CRIMINAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Dienyffer Brum de Moraes

Santa Cruz do Sul

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, aos meus amigos e a minha orientadora.

RESUMO

O presente trabalho aborda a extensão e aplicabilidade do efeito *cliquet* (proibição do retrocesso social) no Direito Penal, com enfoque no atual entendimento do STF quanto à execução provisória da pena. Nestes termos, indaga-se: Considerando a frequente retomada de discussões acerca da decisão do STF que permitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade na condenação em segunda instância, questiona-se: A esfera criminal está alcançada, em alguma medida, pela proteção do princípio da proibição do retrocesso social, tendo em vista o status fundamental da garantia da presunção de inocência (ou não culpabilidade)? O método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo-se de uma análise de premissas já existentes, como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, para refletir sobre a aplicação dessas premissas ao âmbito criminal e à decisão do STF sobre a execução provisória da pena. É de fundamental importância o estudo do princípio da proibição do retrocesso social como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica internacional, e no estudo do direito criminal, mormente quando se refere à decisão do Supremo Tribunal Federal de execução provisória da pena privativa de liberdade, haja vista o status fundamental da garantia da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Palavras-chave: Direito criminal. *Efeito cliquet*. Execução provisória da pena. Presunção da Inocência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work deals with the extension and applicability of the cliquet effect (prohibition of social retrogression) in Criminal Law, focusing on the current understanding of the Federal Supreme Court regarding the provisional execution of the sentence. In these terms, it is asked: Considering the frequent resumption of discussions about the decision of the Federal Supreme Court that allowed the provisional execution of the sentence of deprivation of liberty in the conviction in second instance, it is questioned: The criminal sphere is reached, to some extent, by the protection of the principle of prohibition of social retrogression, in view of the fundamental status of ensuring the presumption of innocence (or not guilty)? The method of approach used is the deductive, based on an analysis of existing premises, such as the fundamental principles of the legal system, to reflect on the application of these premises to the criminal scope and the decision of the Federal Supreme Court on the provisional execution of the sentence. It is of fundamental importance to study the principle of the prohibition of social retrogression as an instrument for the realization of the dignity of the human person in the international juridical order, and in the study of criminal law, especially when it refers to the decision of the Federal Supreme Court of provisional execution of the custodial sentence, given the fundamental status of the presumption of innocence guaranteed in art. 5, LVII, of Federal Constitution/88.

Keywords: Cliquet effect. Criminal law. Federal Supreme Court. Presumption of innocence. Provisional execution of sentence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	06
2	O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	08
2.1	Definição de efeito <i>cliquet</i>.....	08
2.2	Limitação e autonomia do princípio com base na teoria dos direitos fundamentais.....	11
2.3	Efeito <i>cliquet</i> como garantidor da dignidade da pessoa humana	13
2.4	Evolução histórica do princípio e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro	16
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL	20
3.1	A função do Estado Democrático de Direito como garantidor dos direitos fundamentais.....	20
3.2	Os direitos fundamentais como imperativos de proteção jurídico-penal do Estado	24
3.3	A extensão do efeito <i>cliquet</i> no âmbito criminal.....	32
4	AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	34
4.1	A evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal	34
4.2	Princípio da presunção de não culpabilidade	40
4.3	Análise da (in)aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social à decisão	45
5	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre o efeito *cliquet*, também conhecido como proibição do retrocesso penal, e sua aplicabilidade ao âmbito do Direito Penal. É focado, mormente, no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que considerou possível a execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância.

Nesse sentido, objetiva-se analisar qual a extensão deste efeito/princípio ao Direito Penal, e como este atual entendimento da Suprema Corte estaria ligado com o princípio tratado.

A principal questão a ser respondida com este trabalho reside no fato de que, considerando a frequente retomada de discussões acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade na condenação em segunda instância, questiona-se: A esfera criminal está alcançada, em alguma medida, pela proteção do princípio da proibição do retrocesso social, tendo em vista o status fundamental da garantia da presunção de inocência (ou não culpabilidade)?

O método utilizado para a concretização da pesquisa é o dedutivo, partindo-se de uma análise de premissas já existentes, como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, para refletir sobre a aplicação dessas premissas ao âmbito criminal e à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena.

Em termos de técnica de pesquisa, se utilizará a documentação indireta, como pesquisa em livros, artigos e jurisprudências, sendo a pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito ao método de procedimentos será utilizado o histórico bibliográfico, com pesquisa em livros, artigos e demais materiais escritos.

Dessa forma, no primeiro capítulo busca-se demonstrar e desenvolver a relevância do princípio da proibição do retrocesso social no âmbito da teoria dos direitos fundamentais. Primeiramente, define-se o que é efeito *cliquet*, qual sua extensão e limitações. Após, impende ressaltar a importância do princípio para a garantia dos direitos humanos, finalizando com uma análise histórica do mesmo, e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, objetiva-se tratar compreender os direitos fundamentais constitucionais e suas implicações no âmbito criminal. Para tanto, analisa-se a função que o Estado Democrático de Direito exerce como garantidor dos direitos fundamentais. Após, relata-se os principais direitos fundamentais constitucionais em matéria penal, para finalizar o capítulo analisando a extensão do efeito *cliquet* no âmbito criminal.

No terceiro capítulo estuda-se a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal que passou a permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da condenação em segunda instância, com base no princípio da presunção de não culpabilidade e da vedação do retrocesso social.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que o princípio da proibição do retrocesso social é um instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica internacional, e é relevante analisar sua extensão e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e nas decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de que os princípios e garantias constitucionais não sejam suprimidos ou alterados sem medidas compensatórias, mormente no âmbito criminal e na liberdade individual.

Nesse contexto, considerando a especial conjuntura política e jurídica atravessada pelo Brasil em período recente, impende analisar a ainda oscilante evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, haja vista o status fundamental da garantia da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88 e a possível violação ao princípio ora estudado.

2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Opta-se, neste capítulo, por definir o princípio da proibição do retrocesso social e delimitar sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Também é analisada a relação entre o princípio e a dignidade da pessoa humana, eis que aquele busca garantir a concretização deste.

Por fim, realiza-se uma análise da evolução histórica do princípio nos países Europeus, até a introdução deste no Brasil e nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Definição de efeito *cliquet*

O princípio da proibição do retrocesso social - também chamado de efeito *cliquet* - surgiu na doutrina constitucional brasileira com o intuito de obstar que o legislador suprimisse ou alterasse normas infraconstitucionais que efetivam normas constitucionais, de forma a afetar a sua eficácia.

A expressão - efeito *cliquet* - é utilizada pelos alpinistas que definiram como um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, subir, e não descer.

A origem da nomenclatura, no meio jurídico, surgiu na França, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconheceu que o princípio da vedação do retrocesso se aplica inclusive em relação aos direitos de primeira geração, não sendo possível a revogação de uma lei que protege as liberdades individuais sem substituir por outra que forneça as mesmas garantias (LEITE, 2009).

Este princípio, não expresso na Constituição Federal, busca a proteção máxima dos direitos fundamentais e medidas normativas ou políticas de supressão e enfraquecimento das garantias constitucionais, em especial as de cunho social (SARLET, 2006).

Barroso (2006), ao tratar da efetividade das normas constitucionais, mais especificamente da garantia dos direitos estabelecidos na Constituição Brasileira, refere que o princípio do não retrocesso, mesmo não expresso, decorre do sistema jurídico constitucional, entendendo-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional e instituir um direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico da sociedade, não podendo ser arbitrariamente suprimido.

Ou seja, uma lei posterior não poderia extinguir um direito ou uma garantia constitucional, mormente as de natureza social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito constitucional (BARROSO, 2006).

Assim, este princípio trata da possibilidade de invalidação da revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente. (BARCELLOS, 2002).

Derbli (2007, p. 202), por sua vez, sintetiza o princípio da seguinte forma:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.

Cabe salientar que a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, mas tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais que buscam retirar conquistas da sociedade (STRECK, 2011).

Acredita-se que as leis cujos conteúdos efetivam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam a eficácia de tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade. Destarte, uma eventual legislação futura que venha a rever de forma restritiva ou até mesmo que venha revogar políticas públicas ampliativas de direitos fundamentais pode representar um retrocesso social, e ser considerada inconstitucional.

Assim, a vedação ao retrocesso social busca tornar inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outras compensatórias, possam extinguir ou enfraquecer garantias fundamentais.

Cabe frisar que não se trata de invalidação da substituição de medidas que tendem, de forma igualitária, a concretizar determinada norma constitucional, mas daquelas medidas tendentes ao esvaziamento do conteúdo legal. A discricionariedade do legislador para a criação de políticas públicas de garantias dos

direitos fundamentais permanece imutável, não se admitindo, outrossim, apenas a restrição injustificada de direitos já incorporados no patrimônio jurídico do cidadão.

Canotilho (1995, p. 468-469) leciona que:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Destarte, verifica-se que a proibição do retrocesso, mesmo na sua acepção mais estrita, resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais. Assim, o artigo 5º, § 1º, da Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder constituinte reformador (em combinação com o artigo 60, que dispõe sobre as cláusulas pétreas e os limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas ainda contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais. Portanto, o Estado, além de estar incumbido de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais, não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2012a).

Por conseguinte, é irrefutável que o princípio do não retrocesso social ou vedação ao retrocesso, consiste em um princípio implícito na Constituição de defesa dos direitos fundamentais positivados, o qual decorre tanto do Estado Democrático de Direito, quanto do princípio do Estado Social e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, ressalta-se que os direitos fundamentais são produto de longa evolução da história humana, conquistados de forma árdua, e efetivados no Brasil de forma mais ampla na Constituição Federal de 1988.

Negar reconhecimento e importância ao princípio da vedação do retrocesso social implicaria grave prejuízo à efetividade das normas constitucionais, submetendo os direitos fundamentais dos indivíduos a eventuais discricionariedades praticadas pelo legislador a fim de suprimir garantias, ou, em última análise, admitir que o poder público, a despeito de estar inquestionavelmente vinculado aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõe da possibilidade de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte ordinário.

2.2 Limitação e autonomia do princípio com base na teoria dos direitos fundamentais

É de se considerar que a proteção dada pelo princípio da vedação do retrocesso social não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além do entendimento de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais, constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada (SARLET, 2006).

Assim, verifica-se que o princípio não importa vedação absoluta aos movimentos de retrocessão, pois, para a aplicação do mesmo, sempre deve ser realizada uma ponderação, a fim de verificar se o ato é ou não permitido constitucionalmente, e se está a ameaçar garantias constitucionais dos cidadãos.

Pode-se partir do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso e o outro extremo, vedando todo e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2006).

Não se trata, pois, de simplesmente proibir um retrocesso social baseado em termos ideológicos e de forma geral, mas de proteger direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, no seu núcleo essencial. Ou seja, restringir a liberdade do legislador de extinguir ou enfraquecer direitos que possam ferir a

garantia do mínimo de existência condigna e respeito à dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003).

Denota-se, portanto, que o princípio busca proteger os direitos fundamentais incorporados no ordenamento jurídico, efetivados através das leis infraconstitucionais, de alterações legislativas que possam suprimi-los ou enfraquece-los. Todavia, a vedação é relativa, e deve ser analisada de acordo com o contexto em que a norma foi inserida.

Cabe ressaltar que o princípio da vedação do retrocesso decorre de diversos princípios e argumentos constantes da esfera constitucional, assumindo um caráter de administrador dos direitos fundamentais. Poder-se-ia especular que, por esta ótica, é vislumbrado um princípio de caráter absoluto. Equivocada é essa ilação. Há um certo consenso de que os princípios possam ser relativizados e, portanto, submetem-se à regra da ponderação (ALEXY, 2011).

No caso de princípios absolutos trata-se de fundamentos extremamente fortes, isto é, que não podem ser modificados ou precedidos por outros. Assim, se existem princípios absolutos, então, a definição dos mesmos deveria ser modificada, pois se um tem precedência em relação a todos os demais em caso de colisão, significaria dizer que sua realização não conhece nenhuma limitação jurídica, tendo apenas limitações fáticas.

Nota-se, pois, que não há como sustentar esta interpretação em relação ao princípio da vedação do retrocesso social, eis que o seu papel é o de salvaguarda dos direitos fundamentais na medida em que se encontram concretizados – maximizando os princípios da segurança jurídica e da confiança – e servindo de parâmetro hermenêutico para todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Leite (2009, <<http://www.investidura.com.br>>) exemplifica medidas que podem ser revogadas sem este ato ser considerado atentatório ao princípio da vedação do retrocesso social:

Muitas vezes pode ser necessário revogar determinados benefícios sociais já concedidos, caso se demonstre concretamente que eles não estão reduzindo as desigualdades sociais nem promovendo uma distribuição de renda, mas, pelo contrário, desestimulando a busca pelo emprego e premiando o ócio. Vale ressaltar que essa demonstração não pode ser meramente retórica, será preciso apresentar dados confiáveis que indiquem a ineficácia da medida social e as vantagens que a sua revogação trará.

Também é de se considerar os casos em que se diminui o nível de acesso de um grupo a certo benefício para poder se justificar o aumento do nível de acesso de outro grupo. Assim, se retrocede nos benefícios de uns para se dar uma maior amplitude aos usuários de certo serviço público, por exemplo. Os alemães substituíram tal princípio pelo princípio da Continuidade que assegura o seguimento de um padrão mínimo do ordenamento (SARLET, 2010).

Assim, tem-se que o princípio tratado serve como diretriz para se medir até que ponto é possível retroceder e objetiva garantir que o Estado não frustrate expectativas ofertadas aos seus cidadãos (SARLET, 2010).

2.3 Efeito *cliquet* como garantidor da dignidade da pessoa humana

Por ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, cabe verificar os contornos da dignidade da pessoa humana para se delimitar o princípio da vedação ao retrocesso.

A colocação da dignidade da pessoa humana como prioridade consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano e é uma vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem, pois seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais (BULOS, 2009).

Assim, a dignidade é essencial para a subsistência do homem, pois ela faz com que sejam possíveis diversas dimensões de direitos, sendo considerada um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2000).

Ressalta, ainda, que a dignidade da pessoa humana é um princípio que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. E, pois, um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. O princípio traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, sendo

que todo estatuto jurídico deve assegurar a dignidade de modo que não possam ser facilmente feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais (MORAES, 2015).

Este princípio se apresenta expressamente na Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), no art. 1º, III, no título I “Dos princípios fundamentais”, como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e pluralismo político.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988, <planalto.gov.br>)

Ao ser elencado expressamente na Constituição, o constituinte reconheceu na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio (MORAES, 2002).

Assim, a intenção do legislador foi garantir que os cidadãos tivessem asseguradas condições de se tornarem dignos em todos os aspectos (saúde, educação, segurança), com atuação defensiva e prestacional do Estado.

O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas informativas de toda ordem constitucional e de uma forma sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (SARLET, 2012b).

Diferentemente das cartas de outros países, a Constituição Federal Brasileira enquadrou a dignidade da pessoa humana como princípio do ordenamento, e não apenas como direito fundamental.

Isso não quer dizer que a dignidade só exista na medida em que é reconhecida pelo Direito, entretanto, o grau de reconhecimento e proteção da dignidade dado pelo ordenamento irá influenciar no grau de realização e promoção do princípio. A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz uma certeza - a enumeração do princípio na Constituição Federal constitui uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também uma norma jurídica positiva

dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material, e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia (SARLET, 2012b).

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar que ergue os direitos fundamentais, concedendo unicidade a eles.

Desta forma, além de balizar os contornos do princípio da vedação do retrocesso social, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como outros princípios informadores da teoria dos direitos fundamentais, serve de escopo para o surgimento e aplicabilidade do efeito *cliquet*.

Nessa linha, Sarlet (2006) ressalta que a vedação do retrocesso social encontra inquestionável conexão com o instituto da segurança jurídica e dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não obstante, é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana possuam conexão, estas não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso possui autonomia, não se podendo afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos (SARLET, 2006).

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso é utilizada para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006).

O reconhecimento de uma proibição de retrocesso como princípio-garantia jurídico (seja qual for o rótulo utilizado), se revela, portanto, como necessário, pois parte das medidas que resultam na supressão e diminuição de direitos sociais ocorre sem que ocorra uma alteração do texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos ou mesmo sem que se trate de medidas tipicamente retroativas (SARLET, 2006, p. 127).

Assim, afirma-se a relação direta entre o princípio da vedação do retrocesso social e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a dignidade não estará efetivamente resguardada em um cenário no qual predomina uma insegurança jurídica e possibilidade de retrocessão de direitos sociais, não podendo o cidadão confiar nas instituições estatais, bem como ver assegurada certa estabilidade quanto

as suas posições jurídicas. Implicitamente ao problema, haveria prejuízo aos direitos fundamentais, que sequer teriam seu núcleo essencial preservado.

Denota-se deste entendimento a importância do princípio da vedação como garantia da dignidade da pessoa humana, na medida em que busca efetivar e manter os direitos fundamentais positivados, sem que haja supressão dos mesmos sem medidas compensatórias.

2.4 Evolução histórica do princípio e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Historicamente, a formulação do princípio da proibição de retrocesso social surgiu a partir da seguinte indagação: estabelecido um determinado direito fundamental e tendo o Estado, através de leis infraconstitucionais, tomado medidas para garanti-lo, poderia esse direito ser suprimido ou restringido pelo legislador, através de novas leis ou interpretações posteriores que causassem um retrocesso social? Os que defendem o princípio acreditam que a resposta deve ser negativa.

Os primeiros estudos doutrinários sobre o tema desenvolveram-se em países da Europa Ocidental, tais como Itália, França, Espanha e, em especial na Alemanha e Portugal.

Na Alemanha, Böckenförde conforme Derbli (2007, p.139) asseverava:

As regulações e as medidas tendentes à consecução do fim, uma vez estabelecidas, se mantêm constitucionalmente, de maneira que a via da realização do mandado nelas descrita está protegida diante de uma supressão definitiva ou de uma redução que ultrapasse os limites, chegando a uma desatenção grosseira.

Verifica-se, pois, que este autor aponta na direção do desenvolvimento de certa tendência ao surgimento do princípio da vedação do retrocesso social na medida em que entende inconcebível a existência de leis que suprimam direitos constitucionais fundamentais sociais positivados (DERBLI, 2007).

Na Itália, o tema foi desenvolvido por Giorgio Balladore Pallieri, que obteve repercussão em Portugal e em terras brasileiras, influenciando doutrinadores como José Afonso da Silva. Dentre as lições do pensador italiano, destaca-se a temática dos direitos individuais e dos trabalhos do legislador na sua disciplina infraconstitucional (DERBLI, 2007).

Em relação à atividade concreta do legislador de alterar os direitos individuais existem limites a ela. Outrossim, não são limites absolutos, posto que o ente estatal sempre tem o poder de removê-los ao remover a norma constitucional que os mantêm. Contudo, deve-se ter presente a concepção que tal situação só seria possível por intermédio de uma modificação na Constituição (PALLIERI, 1965).

Assim, o entendimento firmado na Itália é de que só poderia haver uma regressão de direitos fundamentais positivados alterando a própria Constituição.

Já em Portugal, seguindo este movimento, o autor português Canotilho (2003) refere que os direitos fundamentais não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa dizer que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

Logo, não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. (MIRANDA, 2000, p. 397)

Entende o Tribunal Constitucional de Portugal que uma vez consagradas legalmente as prestações sociais o legislador não poderá eliminá-las sem apresentar novas alternativas de compensação (QUEIROZ, C., 2006)

Partindo para o direito nacional, os estudos preliminares sobre o efeito *cliquet* vieram indiretamente de Silva (2007), que verifica que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são normas de eficácia limitada, ou seja, demandam a intervenção do legislador infraconstitucional para sua concretização. Por conseguinte, exige-se uma proibição de retroceder na concretização desses direitos.

Sob a ótica do ordenamento jurídico, a ideia da vedação do retrocesso social começou a popularizar-se no cenário brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o surgimento de inúmeras garantias fundamentais.

O constituinte de 1988, ao prever muitos dos direitos e garantias fundamentais, mormente os de cunho social, como normas de eficácia limitada, impôs ao legislador infraconstitucional a obrigação de regulamentar e explicitar o conteúdo dessas normas de forma a garantir a sua efetividade.

Assim, firmou-se o princípio proibição do retrocesso social, entendendo-se que o conteúdo das leis que concretizam os direitos estabelecidos pelo constituinte não pode ser validamente revogado sem um substituto compensatório.

Em outros termos, não se pode admitir que o legislador venha a reduzir de forma arbitrária e desproporcional o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental (DERBLI, 2007).

Desse modo, o direito fundamental, uma vez satisfeito pelo legislador infraconstitucional, ao estabelecer políticas voltadas ao atendimento da constituição, passa a se incorporar ao patrimônio social do cidadão, não podendo uma nova lei extinguir ou revogar, totalmente, o núcleo já concretizado, sob pena de violação do princípio da proibição do retrocesso social, bem como dos demais princípios norteadores do direito constitucional.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela primeira vez sobre o tema da proibição do retrocesso social por meio do acórdão prolatado na ADI nº 2.065-0-DF, que debatia a validade de medidas provisórias que teriam revogado os artigos 6º e 7º da Lei nº 8.212/91 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 8.213/91 com o objetivo de extinguir o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal não tenha conhecido da ação, por maioria, por entender ter havido apenas ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação genérica ao retrocesso social, como se demonstra de seu voto:

Ora, na medida em que se entende que todos os direitos fundamentais possuem um mínimo de aplicabilidade, tem-se, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a presença do princípio da proibição ao retrocesso na Constituição demonstra-se de forma latente. Isso pois, mesmo quando não regulamentados por leis infraconstitucionais, os direitos sociais (fundamentais) constituem um limite para a atuação do legislador infraconstitucional, de modo a impedir que a atuação legiferante venha a contrariar direitos sociais já garantidos constitucionalmente. Vê-se, portanto, que a cláusula da vedação ao retrocesso social se mostra presente, ainda que de forma implícita, no diploma constitucional brasileiro. Já no que se retira do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional no qual o Brasil faz parte e adota como instrumento normativo de caráter supralegal, tem-se a presença do princípio da proibição ao retrocesso (revelado pelo princípio da progressão social) no art. 26, que, importa frisar, o Estado brasileiro não fez reservas. Artigo 26. Os Estados Partes comprometem-se

a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (BRASIL, 2000, <<http://www.stf.jus.br>>).

Cabe ressaltar a existência de considerável aceitação - pelo menos no Brasil e em alguns outros países latino-americanos, assim como, de modo geral, na esfera do Direito Internacional - quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social (SARLET, 2006).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

Neste capítulo, busca-se, primeiramente, demonstrar a extensão e as dimensões dos direitos fundamentais, e refletindo sobre a função que o Estado Democrático de Direito exerce a fim de garantir sua preservação.

Após, analisam-se as implicações que esses direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 - ou implícitos, na forma do art. 5º, § 2º, porque “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte - têm na aplicação do Direito Penal material e processual, explanando sobre os princípios constitucionais penais que surgiram a partir desses.

Por fim, pesquisa-se sobre a extensão que o princípio da proibição do retrocesso social possui em âmbito infraconstitucional, precipuamente na seara do Direito Penal.

3.1 A função do Estado Democrático de Direito como garantidor dos direitos fundamentais

Os fundamentos de um Estado devem ser compreendidos como os valores essenciais que compõem sua estrutura. A consagração expressa da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil, sem dúvida, atribui a esses valores um significado especial dentro da ordem constitucional (NOVELINO, 2013).

Os princípios nos quais esses fundamentos se materializam desempenham um importante papel, seja de forma indireta, atuando como diretrizes para a elaboração, interpretação e aplicação de outras do ordenamento jurídico; seja de forma direta, quando utilizados como razões para a decisão de um caso concreto (NOVELINO, 2013).

Apesar de esses princípios fundamentais não possuírem qualquer tipo de hierarquia normativa em relação às demais normas constitucionais, o elevado grau axiológico de que são dotados e a posição de destaque atribuída pelo poder constituinte originário conferem um peso elevado às razões por ele fornecidas, a ser

considerado diante de uma eventual colisão com outros princípios constitucionais (NOVELINO, 2013).

Assim, cabe referir que os direitos fundamentais, muito embora sejam identificados pelas mais variadas terminologias e, por vezes, igualados aos direitos humanos, possuem uma diferenciação. São aqueles direitos positivados, vigorantes na ordem constitucional, enquanto que os direitos humanos são meras aspirações sem nenhuma positivação concreta.

Em outros termos, os direitos fundamentais são aqueles incorporados nas normas constitucionais, dentro do catálogo de “direitos e garantias fundamentais”.

Incorporados na Carta Magna e reconhecidos como direitos fundamentais, eles possuem vinculação imediata a sua imperatividade, fazendo com que os Poderes do Estado atuem através do controle de constitucionalidade para garantir o seu reconhecimento (NOVELINO, 2013).

Destarte, pode-se definir os direitos fundamentais como aqueles essenciais à condição humana, independentemente de condições pessoais, tais como a vida, a propriedade, a liberdade, a segurança, motivo pelo qual devem receber uma proteção constitucional do Estado e do Poder Público em geral.

Para Sarlet (2003, p. 85), os direitos fundamentais são:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos fundamentalidade formal, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados. Agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Podem ser conceituados ainda, como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, buscam resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais) e na sua preservação (direitos de fraternidade ou solidariedade) (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005).

Estes direitos surgiram de uma construção histórica, e variam de cada época e região.

Na França, os direitos fundamentais podiam ser resumidos em liberdade, igualdade e fraternidade, tendo surgimento na época da Revolução Francesa. Atualmente, o conceito se tornou mais amplo alcançando até mesmo direitos como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, preconizado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal Brasileira (NOVELINO, 2013).

Exemplificando esta diferenciação regional, tem-se o direito de igualdade entre sexos, direito fundamental no Brasil, descrito no art. 5º, I, da Constituição de 1988. Nos países de tradição muçulmana, este não é um direito fundamental, sendo que existem demasiadas diferenciações de direitos em razão do sexo.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 2004, p. 9).

Cabe ressaltar que os direitos fundamentais são divididos em três gerações ou dimensões, pela doutrina majoritária, sendo que alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides, defendem a existência de uma quarta ou até quinta geração.

Outrossim, atualmente temos consolidado apenas três dimensões, sendo que a primeira geração é conhecida pelos direitos de caráter individual (MORAES, 2015).

São os direitos de liberdade, civis e políticos representando uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, ou seja, um dever de não violação pelo Estado da esfera individual.

Trata-se de direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, e à resistência à opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos negativos (WOLKMER; LEITE, 2003).

Eles são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo para limitar a atuação do Estado, demarcando a não-intervenção estatal nas liberdades dos indivíduos (SCALQUETTE, 2004).

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os coletivos. São fundados nos princípios da igualdade e com alcance

positivo, pois não são exercidos contra o Estado; ao invés, ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público (WOLKMER; LEITE, 2003).

Não por outra razão, os direitos de segunda dimensão têm caráter positivo: cuida-se não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim exigir a sua participação para a garantia dos interesses coletivos (SARLET, 2003).

Na evolução dos direitos fundamentais, surge a terceira geração, que diz respeito aos direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Esses direitos vêm dotados de alto teor de humanismo e universalidade, não se destinando mais especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, ou de um grupo, ou de um determinado Estado (BONAVIDES, 2000).

Em face da sua aplicação universal e transindividual, exigem esforços e responsabilidade em escala até mesmo mundial para sua efetivação (SARLET, 2003).

Inspirada na Constituição portuguesa de 1976, que consagrou dispositivo semelhante, a Constituição brasileira de 1988 inovou em relação às anteriores ao estabelecer os objetivos fundamentais que visam à promoção e concretização dos fundamentos da República Federativa do Brasil (NOVELINO, 2013).

Diversamente dos fundamentos, previstos no art. 1º da Constituição Federal, que são valores estruturantes do Estado brasileiro, os objetivos fundamentais consistem em algo exterior a ser perseguido. Esses objetivos estão consagrados em princípios que estabelecem os fins precípuos para os quais os poderes públicos devem empreender todos os esforços necessários para que sejam alcançados (NOVELINO, 2013).

A construção de uma sociedade justa e solidária (princípio da solidariedade) e a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais estão associados à concretização do princípio da igualdade, em seu aspecto substancial (igualdade material). Nesse sentido, legitimam a adoção de políticas afirmativas (ações afirmativas ou discriminações positivas) por parte do Estado.

A promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de preconceito e discriminação, está diretamente relacionada à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e ao respeito às diferenças, como exigência do pluralismo (NOVELINO, 2013).

Assim, ressalta-se que o Estado Democrático de Direito é o detentor de condições para garantir a efetivação dos direitos fundamentais tratados, para seus cidadãos.

Bobbio (2004, p.45) refere que:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Destaca-se, neste ponto, o papel exercido pela Constituição Federal, eis que nela que se delineiam os limites e diretrizes para o exercício do poder estatal. Partindo dela, e sempre a tendo como baliza, constrói-se o restante de todo o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo como existir Estado Democrático de Direito sem a existência desta.

3.2 Os direitos fundamentais como imperativos de proteção jurídico-penal do Estado

É cediço que a Constituição Federal desempenha relevante papel na elaboração das normas penais, uma vez que é a fonte de legitimação do *jus puniendi* estatal. A lei como fonte de Direito possui um significado mais intenso no ramo penal do que nas demais áreas do Direito, considerando que necessita atender as exigências do Princípio da Legalidade positivado na Constituição Federal.

O Direito Penal jamais sobreviveria se não houvesse um substrato constitucional, porque é esta que vem auferir legitimidade para interferir em direitos fundamentais dos cidadãos, visto que, se não existisse previsão expressa na Constituição, todo cidadão estaria isento de sanção penal (BENETI, 1992).

A nova Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo: as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhes garantam uma existência real (CARVALHO, 1992, p. 37).

Os valores abrigados pela Constituição Federal, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça são de tal relevância para o Direito Penal que não podem ser ignorados, sendo que a Lei Maior serve de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais (GRECO, 2003).

Assim, os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 servem como princípios basilares do Direito Penal.

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria pena, também considerados pressupostos técnico-jurídicos que regulam a natureza, as características, a aplicação e a execução do Direito Penal. São, desta forma, pilares que firmam as instituições jurídicos-penais, como os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança (PRADO, 2010).

Um dos princípios norteadores do Direito Penal é também conhecido como princípio-síntese do Estado Democrático de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana, definido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A força imperativa deste princípio é incontestável, não podendo nenhuma ordem jurídica contrariá-lo (GOMES, 2006).

A dignidade da pessoa humana é a base de todos os demais princípios constitucionais e constitucionais penais, sendo que qualquer violação a outro princípio afeta igualmente este. O ser humano não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa, dotada de direitos que devem ser preservados, mormente perante o poder punitivo Estatal (GOMES, 2006).

Cabe referir que, analisando o sistema constitucional penal brasileiro, verifica-se uma preocupação maior do constituinte em garantir direitos fundamentais em relação às penas, o que encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme define o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, 1988, <planalto.gov.br>)

O inciso XLVI do mesmo dispositivo prevê, ainda, individualização da pena do acusado, dispondo sobre a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Destaca-se, também, o inciso XLIX, que garante ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Em razão ainda do princípio supracitado, aplicado no âmbito penal, toda pena que se torne brutal em suas consequências é considerada cruel – e, portanto, vedada -, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete totalmente a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputações, intervenções neurológicas). Igualmente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendem manter até a morte da pessoa, porquanto impõem-lhe um sinete jurídico que a converte em alguém inferior (ZAFFARONI, 2003).

O princípio da proporcionalidade também está previsto na Constituição Federal e busca garantir os direitos fundamentais do acusado.

Segundo este, as penas só serão legítimas se forem estritamente necessárias, adequadas e proporcionais ao delito, e devem ser a menor entre as penas aplicáveis ao mesmo e determinada pela lei (QUEIROZ, P. S., 2006).

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e gravidade do outro (FERRAJOLI, 2002, p. 320).

Depreende-se que a simples prática do delito não autoriza a aplicação de sanções desproporcionais, pois estaria atentando ao princípio supracitado.

Partindo do mesmo, é irracional criminalizar conflitos de lesividade insignificante, ou, quando criminalizado, que a pena seja desproporcional a lesividade do delito cometido (ZAFFARONI, 2003).

Passa-se a analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio supracitado, onde no caso concreto, o juiz de primeiro grau adotou um critério matemático fixo para crimes com penas diversas, quais sejam, tráfico de drogas e associação para o tráfico. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, adotando o princípio da proporcionalidade, reduziu a pena do condenado ao diminuir

o quantum na dosimetria do crime de associação ao tráfico, por ter pena mais branda. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**. CRITÉRIO MATEMÁTICO FIXO. CRIMES COM PENAS DIVERSAS. VIOLAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a elementos múltiplos de convicção, a sentença considerou a associação estável do paciente para a prática do crime de tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.

3. Na espécie, existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo da quantidade de drogas, porquanto a quantidade apreendida – 40g de cocaína – não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

4. É insito ao tipo penal violado a existência de substância entorpecente em alguma quantidade, somente sendo possível falar-se em aumento na hipótese de superação do modelo e das balizas trazidas pelo arquétipo standard. No caso dos autos, a quantidade apreendida, efetivamente, não desborda das circunstâncias previamente ponderadas pelo legislador infraconstitucional na formação do preceito primário do delito de tráfico, motivo pelo qual não há se falar em acréscimo de pena sob este fundamento. **5. À luz do princípio da proporcionalidade, as sanções penais devem guardar proporção em relação à gravidade dos crimes aos quais são dirigidas. No caso concreto, o juízo adotou critério matemático fixo para ambos os crimes (tráfico de drogas e associação para o tráfico), de 6 meses, para cada circunstância judicial negativa, bem como de 1 ano e 6 meses para a agravante da reincidência. Todavia, considerando a cominação de penas diversas aos delitos, sendo a do tráfico mais grave, a adoção de uma quantidade fixa para sanções díspares acaba por afrontar o princípio da proporcionalidade no seu sentido estrito.**

6. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena do paciente, quanto aos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, para o total de 14 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 2.041 dias-multa, no valor unitário mínimo. (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>, grifo nosso)

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade explicado, foi utilizado para reduzir a pena do condenado, realizando uma nova dosimetria com base nas penas cominadas para cada crime.

Outro julgamento relevante sobre o princípio citado é o Tema 1003 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, que está pendente de julgamento. Trata sobre a constitucionalidade da pena em abstrato do tipo do artigo 273 do Código Penal (pena de 10 a 15 anos), crime de importação de medicamento sem registro sanitário, por potencial ofensa à proporcionalidade. Alguns tribunais aplicam, em substituição, as penas do crime de contrabando ou tráfico de drogas, conforme o caso. Veja-se a ementa da decisão que considerou o tema de repercussão geral:

Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário. Exame de proporcionalidade da pena. Presença de repercussão geral. 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP). 2. O Tribunal de origem afirmou que viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro. (BRASIL, 2018, <<http://www.stf.jus.br>>)

Verifica-se que o princípio é utilizado para questionar a constitucionalidade da cominação de pena igual para delitos de potencialidade lesiva diversa.

Dentre os demais princípios e direitos fundamentais na seara penal positivados na Constituição de 1988, destaca-se o princípio da reserva legal ou legalidade em sentido estrito.

Este princípio está expresso tanto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), como no artigo 1º do Código Penal que dispõe “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena, sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940, <<http://planalto.gov.br>>).

A sua dicção legal tem sentido amplo: *nullum crimen, nula poena, sine praevia lege*, significa que não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material, que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*) (PRADO, 2010).

Registre-se, ainda, que além de limitar o poder punitivo estatal aos limites da lei, o princípio da legalidade dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos os delitos e as penas, assegura ao cidadão que só pelos fatos previamente definidos na legislação como ilícitos que incorrerá em penas, e somente naquelas penas previamente fixadas que poderá ser processado e condenado (LUIZI, 2003).

O constituinte brasileiro, ao elencar na Constituição Federal de 1988 o princípio da legalidade ou reserva legal, aliou-se às Constituições e aos Códigos Penais de quase totalidade das Nações, já que o mencionado é uma essencial garantia de liberdade e de objetiva justiça (LUIZI, 2003).

Verifica-se que este princípio se relaciona de forma direta aos direitos fundamentais definidos como de primeira geração, quais sejam, os direitos individuais de liberdade.

Outro princípio penal positivado na Constituição Federal como direito fundamental, que deriva do princípio da legalidade, é o da irretroatividade da lei penal mais prejudicial ao acusado, ou da ultratividade da lei penal mais benéfica ao mesmo.

Previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, refere que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Busca-se com este princípio restringir o livre arbítrio do legislador na elaboração retroativa de lei que possa prejudicar o acusado, uma vez que a lei mais benéfica pode retroagir para beneficiar o réu. É, desta forma, uma garantia fundamental do cidadão que não se vê prejudicado por uma futura valoração do legislativo (MORAES, 2015).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça aplica-se este entendimento nos seus julgados, conforme jurisprudência que segue, onde o sujeito foi condenado pelo crime de assédio sexual, crime este que era de ação penal privada. Ocorre que,

o Ministério Público ingressou com a ação tendo em vista a mudança legislativa que tornou os crimes contra a dignidade sexual de natureza pública.

HABEAS CORPUS. ASSÉDIO SEXUAL. AÇÃO PENAL PRIVADA AO TEMPO DO CRIME. **IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS SEVERA.** ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE DA CONDENAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar "da legitimação ativa para a causa ter sofrido substancial alteração com o advento da Lei 12.015/09, tal diploma, no particular, somente pode ser aplicado aos fatos ocorridos sob sua vigência, em atenção ao dogma da irretroatividade da lei posterior mais gravosa aos interesses do réu" (RHC n. 36.364/RJ, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 6/6/2014).

2. Na espécie, o crime de assédio sexual, pelo qual o paciente foi condenado, desafiaria ação penal de iniciativa privada, nos moldes da anterior redação do art. 225 do Código Penal, pois perpetrado antes de 7 de agosto de 2009, quando veio à balha a Lei n. 12.015/2009. Assim, é indubitável a ilegitimidade do Ministério Público para a promoção da ação penal. Demais disso, considerada a data dos fatos descritos na inicial - entre o início do ano de 2006 e o final do ano de 2007 -, é patente a decadência do direito de queixa, na forma do art. 38 do Código de Processo Penal.

3. Ordem concedida para anular a sentença condenatória, na forma do art. 564, inciso II, do Código de Processo Penal, bem como para declarar extinta a punibilidade do fato imputado ao paciente, diante da decadência do direito de queixa, nos moldes do art. 38 do Código de Processo Penal, c/c o art. 107, inciso IV, do Código Penal. (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>, grifo nosso)

Aplicando-se o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, foi concedido o habeas corpus pelo Tribunal, tendo em vista ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação, sendo a sentença declarada nula.

O princípio da presunção da inocência também é definido como garantia fundamental e princípio penal constitucional. Está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII, que dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

É considerado um dos princípios basilares do Estado de Direito, e como garantia processual penal, visa tutelar a liberdade pessoal dos indivíduos (direitos fundamentais de primeira dimensão), salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do acusado, que é constitucionalmente presumido inocente até que se prove o contrário, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal (MORAES, 2015).

Cabe ressaltar ainda os princípios da ampla defesa e contraditório, elencados no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que refere “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório

e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, <<http://planalto.gov.br>>).

A ampla defesa e o contraditório são considerados corolários do devido processo legal.

Por ampla defesa, entende-se a garantia que é dada ao réu de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário. Já pelo contraditório, o acusado goza do direito de defesa, devendo conhecer da acusação contida na denúncia, a fim de poder contraria-la, não havendo a possibilidade de ser condenado sem formular a sua alegação, em suma, é a própria exteriorização da ampla defesa, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2015).

Como se verá, sobretudo por ocasião da abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Já veremos que, quando se tratar de violação do contraditório em relação à acusação, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta. Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam-se em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas à vedação da não surpresa (no fundo, o próprio contraditório) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma. O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 43)

Alguns fundamentos deste princípio são: ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra o acusado; poder acompanhar a prova produzida e elaborar contraprova; possuir defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à administração da justiça; poder recorrer da decisão desfavorável. Significa dizer que contraditório e ampla defesa nada mais são do que princípios que buscam assegurar o direito em sentido amplo, resguardando o acusado de arbitrariedades (GRECO FILHO, 1996).

Nessa seara, verifica-se que o legislador constituinte, ao optar por garantir *status* constitucional às principais diretrizes do Direito Penal, como os princípios da legalidade, da irretroatividade prejudicial e da individualização da penal buscou criar limitações ao legislador infraconstitucional, não podendo relativizar as garantias penais constitucionais (SILVA, 2007).

Essas garantias possuem uma função positiva de criação e efetivação de direitos do cidadão contra o direito de punir do Estado, e funcionam como limitadoras do legislador que não poderá descumprir ou não observar esses direitos mínimos previstos pelo constituinte (SILVA, 2007).

3.3 A extensão do efeito *cliquet* no âmbito criminal

Conforme já referido, o princípio da proibição do retrocesso social no plano constitucional já é aceito, sobretudo em razão da proteção às cláusulas pétreas.

Contudo, no âmbito infraconstitucional, ainda se discute o alcance da vedação do retrocesso, uma vez que, tratando-se do direito de liberdade, o legislador pode restringir direitos fundamentais sem tocar na Constituição Federal, simplesmente alterando a legislação infraconstitucional que a regulamenta, quais sejam, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Cabe ressaltar que a liberdade é um direito de natureza negativa, que exige, regra geral, uma abstenção do Estado, o que implica afirmar que os cidadãos, em face de uma medida supressiva de direitos fundamentais, têm direito a impugná-la judicialmente, a fim de buscar a manutenção de seu direito ameaçado (SILVA, 2007).

Desta forma, considerando o caráter negativo do direito à liberdade, enquadrando-se em direito de primeira dimensão/geração dos direitos fundamentais, não costuma ser relacionado ao princípio da proibição do retrocesso social, mais aplicado aos direitos sociais de segunda geração.

Ocorre que o direito à liberdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, questionando-se a possibilidade de retrocessão na aplicação da pena.

Atualmente, há discussões acerca da aplicação do princípio no âmbito criminal, tendo em vista que voltou a pauta de discussões do legislativo no ano de 2015 o

Projeto de Emenda à Constituição nº 171/93 que busca reduzir a maioria penal de 18 anos para 16 anos.

Da mesma forma, cabe discutir a aplicação do princípio da vedação do retrocesso na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 126.292, que permitiu a aplicação da pena privativa de liberdade ao condenado em segunda instância, o que estaria infringindo o princípio da presunção da inocência.

Ambas são formas de retrocessão dos direitos fundamentais ao recrudescer, de certa forma, as penas definidas na Constituição Federal e no Código Penal e Processo Penal.

Destarte, ainda que pouco reconhecido na esfera infraconstitucional, o princípio deve ter aplicação aos direitos que, embora constantes na legislação infraconstitucional, têm como base a Constituição Federal, como nos referidos casos, em que, tanto a diminuição da maioria penal, quanto a possibilidade de prisão em segunda instância encontram fundamentos que impedem a retrocessão na Carta Magna.

4 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Busca-se fazer uma evolução histórica das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade, até o julgamento do HC nº 16.292 que alterou o entendimento, até então, consolidado da Suprema Corte Brasileira.

Após, visa-se analisar se a decisão supracitada afrontaria o princípio constitucional da presunção da inocência, bem como outros princípios constitucionais que regulam as liberdades individuais.

Por fim, reflete-se sobre a aplicabilidade ou não do princípio da vedação do retrocesso social, tratado neste trabalho, à decisão do Supremo Tribunal Federal.

4.1 A evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A execução provisória da pena no Brasil é um tema que vem sendo debatido à longa data, considerando que, pela legislação, o cumprimento da pena só deve ser iniciado após o trânsito em julgado da condenação penal.

Após inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de possibilitar a execução do condenado na pendência apenas de recurso especial ou extraordinário – que, de regra, não são dotados de efeito suspensivo - o referido Tribunal editou a Súmula 267, segundo a qual “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (BRASIL, 2002, <<http://www.stj.jus.br>>).

Argumentava-se que, se fosse possível a execução em segunda instância, não se estaria respeitando o artigo 637 do Código de Processo Penal, que prevê apenas o efeito devolutivo aos referidos recursos.

Assim, os julgados do Superior Tribunal de Justiça supervenientes à edição da súmula passaram a adotar este entendimento, restando a possibilidade de execução provisória dos condenados pelo juízo *a quo* e confirmados pela segunda instância.

De outro norte, os julgados do Supremo Tribunal Federal analisam a possibilidade ou não da execução provisória com base em preceitos constitucionais, e não somente sobre os efeitos recursais.

No julgamento do HC nº 69.964/RJ (BRASIL, 1992, <<http://www.stf.jus.br>>), em

18/12/92, cuja relatoria foi do Ministro Ilmar Galvão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acordou no sentido de que é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, após confirmação pelo tribunal da sentença condenatória, considerando que os recursos de índole excepcionais não possuem efeito suspensivo para impossibilitar a execução da condenação. Os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence votaram em desfavor da possibilidade de execução em segunda instância. O julgado restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME.

Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF. De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do benefício (art. 112, parágrafo único, c/c art. 8., da LEP). Pedido indeferido (BRASIL, 1992, <<http://www.stf.jus.br>>).

No mesmo sentido foi o julgamento, em 22/03/94, do Habeas Corpus nº 70.351 (BRASIL, 1994, <<http://www.stf.jus.br>>), cuja relatoria foi do Ministro Paulo Brossard, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência aparentemente consolidada veio a ser alterada no julgamento do HC 83.592/RJ (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>), em 10/02/2004, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal, que decidiu pela impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado. O voto condutor do acórdão, relatado pelo Min. Joaquim Barbosa, teve como base o art. 312 do Código de Processo Penal, que possibilita a prisão antes do trânsito em julgado apenas de forma cautelar, preenchidos os requisitos do artigo supracitado.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO EM LIBERDADE. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 594 do Código de Processo Penal não estabelece hipótese de prisão compulsória ou de execução provisória da sanção imposta, mas sim de prisão preventiva.

2. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a custódia do paciente somente pode ser decretada quando tiver índole cautelar, ou seja, quando presentes os requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Ordem concedida, para garantir que o paciente apele em liberdade, porque inexistente fundamentação cautelar para sua prisão. (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>).

Já no julgamento do Habeas Corpus nº 80.535/SC (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>), em 23/11/2004, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, decidiu, por maioria, - vencido o relator Ministro Eros Grau -, pela impossibilidade, mas com fundamentação diferente.

Neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio sustentou a impossibilidade da execução provisória da pena do condenado, por contrariar dispositivo constitucional, qual seja, o art. 5º da Constituição Federal, que prevê o princípio da presunção de inocência.

Ademais, ressaltou o disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, que prevê:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (BRASIL, 1984, <planalto.gov.br>)

Ou seja, o dispositivo determina que só será possível a execução após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

No mesmo sentido, e adotando a mesma fundamentação, foi o julgamento, de forma unânime, do Habeas Corpus nº 85.289 (BRASIL, 2005, <<http://www.stf.jus.br>>), julgado pela 1ª Turma do STF, cuja relatoria foi do Ministro Sepúlveda Pertence em 22/02/2005, assim como o Habeas Corpus, nº 86.498/PR (BRASIL, 2006, <<http://www.stf.jus.br>>), julgado em 18/04/2006, pela 2ª Turma do STF.

Nova oscilação jurisprudencial ocorreu no julgamento do HC 90.645/PE (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>), em 11/09/2007. Na ocasião, a 1ª Turma decidiu, por maioria, pela possibilidade de execução provisória da pena, sendo que o Ministro Marco Aurélio manteve o seu posicionamento dos demais julgados que envolviam esse tema e votou no sentido de que não é possível esse tipo de execução.

No voto condutor do acórdão, o relator ponderou que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeitos suspensivos e, deste modo, há a possibilidade de se iniciar a execução da pena antes mesmo do trânsito em julgado, sem que se

verifique ofensa ao princípio da não culpabilidade previsto na Constituição Federal.

Acrescentaram ainda, os demais ministros em seus votos, que possibilitando a execução provisória da pena, haveria uma valoração das instâncias ordinárias e uma maior observância do princípio do juiz natural.

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência.
2. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, 2007, <<http://www.stf.jus.br>>).

Posteriormente, em 05/02/2009, o Plenário do STF voltou a discutir o cabimento da execução provisória da pena, no julgamento do HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>), sob a relatoria do Ministro Eros Grau. Restou decidido, por maioria, pela inconstitucionalidade da medida, por ofensa ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto (o princípio) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

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

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

Por fim, a temática refloresceu no Plenário do STF, em 17/02/2016, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP (BRASIL 2016, <<http://www.stf.jus.br>>), de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>).

Neste recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma não unânime pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância.

Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, sendo que os demais presentes votaram juntamente com o relator.

Para o Ministro Teori Zavascki, a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade já era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Inclusive, em caso semelhante ao HC 126.292/SP (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>), a Suprema Corte assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

Para o ministro, quando não há sentença penal deve-se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência.

Em prosseguimento, uma eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório durante a ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, contudo, resta esclarecer que não é definitivo, já que o sujeito, se houver recurso, poderá recorrer a revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior (BRASIL, 2016).

É nesse juízo de apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. E é nesse momento que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas (BRASIL, 2016).

É indiscutível que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias (BRASIL, 2016).

Contudo, para essas eventualidades, sempre haverá outros meios aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeito

suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos (BRASIL, 2016)

Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Assim, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos, de acordo com o entendimento da Suprema Corte Brasileira (BRASIL, 2016).

Por fim, em 24/11/2016, em regime de repercussão geral do tema 925, tendo como *leading case* o ARE-RG 964.246/SP (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>), Relator Ministro Teori Zavascki, ficou firmado novamente o entendimento de possibilidade da prisão em segunda instância, e que isso não fere o princípio da presunção de não culpabilidade. Veja-se a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, reconheceu a repercussão geral da questão e reputou constitucional o tema, considerando que não afrontaria o princípio constitucional citado.

No mérito, não foi unânime. Por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Levandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

4.2 Princípio da presunção de não culpabilidade

O princípio da presunção de não culpabilidade, também chamado de princípio da presunção de inocência, é um princípio penal de ordem constitucional, eis que positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Este se traduz na ideia de que o acusado não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo, até este momento, considerado inocente.

Ele representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado (FERRAJOLI, 2002).

Não há distinção entre presunção de inocência e de não culpabilidade, eis que as expressões “inocente” e “não culpável” consistem variantes semânticas de um conteúdo idêntico (BADARÓ, 2010).

Outrossim, a presunção de inocência não pode ser levada ao pé da letra, do contrário, inquéritos e processos não seriam toleráveis, visto que não há como havê-los tratando-se de uma pessoa inocente (TOURINHO FILHO, 2010).

O homem sendo presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela, como nas prisões preventivas (TOURINHO FILHO, 2010).

O seu surgimento vem da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, advinda da Revolução Francesa, que estabelece, no seu artigo 9º.

À época, surge uma preocupação humanística e civilizada de tratar os acusados com igualdade, sendo que poderiam ser tanto culpados como inocentes, não devendo responder antes de um julgamento adequado.

A sociedade somente pode retirar a proteção pública depois que tenha sido decidido que o sujeito violou as normas em que tal proteção lhe foi dada. Somente o direito da força poderia dar autoridade a um juiz para condenar um cidadão a uma pena antes de um julgamento que decidisse se ele é culpado (BECCARIA, 2006).

Após, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ficou positivado no artigo 11.1, que:

Artigo 11.1: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (OEA - Organização das Nações Unidas, 1948, < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>, p.7)

Ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, preconiza no artigo 8º, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (1969, <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>.)

Assim, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 foi inserido no seu rol de direitos fundamentais o princípio supracitado.

Com a introdução deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, ficou definido que quando a sentença penal condenatória transita em julgado, o acusado, até então, presumido inocente, passa a ser considerado culpado, tendo em vista que a sentença penal de mérito, tornada irrecorrível, assinala o momento em que o Estado cumpriu com seu poder-dever de acusação, ficando livre da obrigação jurisdicional penal. A partir de então, é que se pode dizer que alguém é culpado ou criminoso, e, desta forma, esta sujeito a ser objeto de identificação criminal (CRETELLA JUNIOR, 1988).

Denota-se que a situação de o acusado ser considerado condenado tem o termo *a quo* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso é consequência lógica dos princípios que, com vigorosa cautela, resguardam o réu durante a apuração do processo penal. Se o *status* de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam suspensos, cedendo espaço a presunções que não encontrariam guarida na Constituição Federal (CERNICHIARIO; COSTA JUNIOR, 1990).

Os diferentes efeitos da sentença condenatória são descritos com os conceitos de coisa julgada formal e material. A primeira se refere à impossibilidade de pugnar novamente sobre uma decisão de uma decisão no marco do mesmo processo; junto a ele acarreta a executividade da sentença. A coisa julgada material faz com que a causa já julgada não possa ser novamente objeto de outro processo, fazendo com que o direito de perseguir penalmente o acusado se esgote (ROXIN, 2000).

Com o trânsito em julgado da sentença penal, ocorre a coisa julgada, e somente

neste momento o sujeito é considerado criminoso, fazendo com que, a partir deste momento, possa ser considerado como reincidente ou com maus antecedentes criminais, para fins de dosimetria da pena.

Prado (2017, p. 181) aduz que:

Tomando esse princípio como um inarredável postulado legitimador da intervenção penal da democracia, um verdadeira pilar estrutural do Estado de Direito, evidencia-se que a segurança jurídica não é um simples fato, mas sim um valor – posulado basilar da ordem jurídica referido diretamente à pessoa humana -, que se encontra plasmando na Constituição Federal a partir da consagração do Estado de Direito. Exemplifica-se que, em matéria penal, a segurança jurídica – enquanto princípio constitucional penal, manifesta-se em diversos dispositivos, tais como a legalidade e anterioridade penal, a irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu; os princípios da pessoalidade, individualização e humanidade das penas, e na maior parte das garantias processuais e de execução penal, entre elas a de presunção de não culpabilidade.

Cabe referir que a Constituição Federal é clara ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória pode afastar o estado de não culpado de que todos os sujeitos gozam. Seu caráter mais benéfico para os cidadãos deve prevalecer sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários, como no caso, a Constituição Federal Brasileira. Conseqüentemente, prevalece a disposição mais favorável ao acusado (LIMA, 2012).

A doutrina majoritária assenta o posicionamento de que o recurso capaz de obstar à coisa julgada é o recurso admissível somente. Se o recurso for aceito no juízo de admissibilidade, abre-se o caminho para o julgamento do mérito do recurso e o efeito impeditivo da formação da coisa julgada se consolida. Mas se o recurso não é aceito pelo juízo de admissibilidade, tranca-se a via recursal e ocorre o trânsito em julgado, dando fim ao princípio da presunção de inocência (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011).

Refere-se, porém, que pode ocorrer que o recorrente impugne a decisão desfavorável proferida no juízo de admissibilidade mediante os recursos previstos no sistema processual penal, mas, ainda assim, enquanto não for julgado e denegado o recurso, não ocorrerá a coisa julgada. O possível provimento do recurso da decisão denegatória impede que se afirme o trânsito em julgado da decisão (GRINOVER;

GOMES FILHO; FERNANDES, 2011).

Aplicando-se o princípio estudado, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que não havendo sentença condenatória penal transitada em julgada não há como considerar inquéritos e processos em andamento como antecedentes criminais. Veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. TESE RECURSAL NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal, vinculada aos dispositivos tidos como violados, não foi apreciada no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. **2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de inquérito policial ou de processo em andamento não pode ser considerada antecedente criminal, em respeito ao princípio da presunção de inocência, tampouco servir, como se pretende no caso em tela, de impeditivo para homologação de curso de vigilante e exercício da profissão.** 3. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2018, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso).

Observa-se que no caso, foi utilizado processo criminal em andamento como antecedente criminal a fim de obstar a homologação de curso de vigilante e a possibilidade de exercer a profissão. O Supremo Tribunal de Justiça rechaçou a possibilidade, utilizando como argumento o princípio tratado.

Da presunção de não culpabilidade decorrem outros sub princípios constitucionais de matéria penal, como o *in dubio pro reu*, que perfaz a ideia de que, na dúvida, o magistrado deve decidir em favor do acusado, e absolvê-lo. Isso não se aplica à primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, em que, se o juiz tiver alguma dúvida sobre a identidade do acusado, materialidade ou existência do delito, deve pronunciar o réu, tendo em vista que prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.

Este princípio se coaduna com a ideia do *favor rei* ou verdade material, que prevalece no sistema processual penal. A verdade material é aquela que se baseia na premissa de que não interessa à sociedade encontrar um culpado qualquer, mas sim o verdadeiro culpado, pois a área de segurança afetada com a ação ilícita somente terá possibilidade de ser recuperada ou ter amenizado o gravame a ela causado, caso o verdadeiro responsável pelo delito seja responsabilizado (SILVA JUNIOR,

2018).

Cabe referir que para a sociedade é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, considerando que, se fosse diferente, a condenação do inocente representa um mal concreto e real ao indivíduo, enquanto a absolvição do culpado tem apenas a potencialidade de causar um perigo abstrato (CARRARA, 2002).

A repercussão do princípio da presunção de não culpabilidade, em relação ao Ministério Público, é no sentido de que ele possui o ônus de produzir a prova material do delito e da culpabilidade, ou seja, ele tem o dever de provar, enquanto à defesa se revela bastante plantar dúvida razoável quanto à ocorrência do crime e ou participação ou culpabilidade do acusado para sua absolvição (SILVA JUNIOR, 2018).

A análise do princípio se faz necessária frente à possível violação do mesmo pelo Supremo Tribunal Federal ao permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância.

4.3 Análise da (in)aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social à decisão

A partir da evolução da jurisprudência sobre as questões que envolvem a execução provisória da pena privativa de liberdade, e considerando o entendimento atual do STF, é cabível a discussão e análise da violação do princípio da vedação do retrocesso social, o cognominado efeito *cliquet*, na referida decisão, tendo em vista a violação do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência previsto expressamente no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

A vedação do retrocesso social visa impedir que o legislador infraconstitucional revogue leis de caráter constitucional, que efetivem direitos incluídos na Constituição Federal pelo constituinte originário.

Assim, consagrado o direito constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa, independente da gravidade do crime cometido, deve ser considerada inocente e não ser executada a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, independente dos efeitos recursais ordinários e extraordinários.

Definido, ainda, como direito fundamental estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, deve ser considerado cláusula de insuperável bloqueio, impedindo à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam direito a esfera jurídica do acusado.

Alguns dos argumentos utilizados pelos que defendem a possibilidade da execução provisória da pena seria o fato de o princípio da presunção da inocência ser, justamente, considerado um princípio equiparado a outros princípios de direito, sendo assim, poderia ser aplicado em maior ou menor grau quando ponderado com outros princípios como o da efetivação da lei penal, que é o objetivo da possibilidade da prisão em segunda instância.

Ocorre que a execução antecipada da pena não será capaz de reforçar a confiança dos cidadãos no sistema de justiça criminal. A tendência, ainda, é impactar negativamente a consciência coletiva o fato de que alguns indivíduos condenados em segundo grau serão absolvidos em grau de recurso especial ou extraordinário, e, assim, sofrerão uma punição injusta. Isso inevitavelmente produzirá um sentimento geral de consternação e profundo descrédito nas instituições. Ainda que sejam poucos os casos de reversibilidade da condenação em segundo grau, eles seguramente terão impacto suficiente para causar uma impressão generalizada de arbitrariedade e insegurança. Qualquer sensação de impunidade dará lugar a um sentimento de injustiça (PORCIÚNCULA, 2018).

O julgador, no caso, o Supremo Tribunal Federal, não deve extrapolar os limites interpretativos dos dispositivos, valendo-se de elementos extra Constituição que possam contrariar as normas constitucionais positivadas, sob pena de haver uma mutação constitucional de natureza inconstitucional, como é o caso da decisão suprarreferida, devendo, assim, ser rechaçada (MORAES, 2015).

Como já referido, ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha condenação penal com trânsito em julgado, eis que definido na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional sobre o tema, sob pena de violação do princípio da proibição do retrocesso social, eis que a decisão causa uma retrocessão de direitos fundamentais positivados.

Quando tratadas questões relacionadas aos direitos humanos, no que tange a ao reconhecimento e consolidação desses direitos, deve ser analisado a impossibilidade de retrocessão, de modo que, uma vez incorporado um direito fundamental na ordem constitucional, não há mais como o Estado regredir e

desconhecer desse direito reconhecido.

Neste ponto, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado adotando o princípio da vedação do retrocesso social, destacando que, o princípio impõe uma obrigação do Estado em impedir a abolição de direitos já concretizados, conforme se verifica da ementa abaixo:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (BRASIL, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>)

Na decisão em questão, foi utilizado o princípio para obrigar o Estado a impedir transgressões e retrocessões aos direitos fundamentais já incorporados na Constituição Federal.

Outrossim, com a decisão do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal contrariou essa sua própria decisão, ao restringir um direito positivado, direito de liberdade, direito de ir e vir dos cidadãos, ao permitir a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão.

Destarte, cabe referir que a referida decisão violou o princípio desenvolvido neste trabalho, bem como o princípio da presunção de inocência, e por estas razões a decisão do Supremo deveria ser reformada.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo analisar se a esfera criminal é alcançada, em alguma medida, pela proteção do princípio da proibição do retrocesso social (efeito *cliquet*), considerando a frequente retomada de discussões acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade na condenação em segunda instância.

Para compreender de forma sistemática o caso, buscou-se, primeiramente, definir o efeito cliquet, demonstrando sua autonomia e limitações com base na teoria dos direitos fundamentais e demais princípios constitucionais. Após, demonstrou-se a importância do princípio como garantir da dignidade da pessoa humana. Fez-se, ainda, uma análise histórica do surgimento do efeito e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando sua aceitação no Brasil e no Direito Internacional em geral.

No segundo capítulo foi explanado sobre a função do Estado Democrático de Direito como garantidor dos direitos fundamentais, retratando as três principais gerações/dimensões de direitos fundamentais e o papel da Constituição Federal para delimitar o exercício do poder Estatal. Após, foi dissertado sobre os direitos fundamentais como imperativos de proteção jurídico-penal, onde desenvolveu-se os principais princípios constitucionais em matéria penal. Finalizando o capítulo, tratou-se da aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social no âmbito criminal.

Por fim, no terceiro capítulo, analisaram-se as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade, onde, primeiramente, demonstrou-se a evolução do posicionamento da Suprema Corte Brasileira sobre o tema. Após, dissertou-se sobre o princípio da presunção de não culpabilidade (ou da inocência), oportunidade em que se definiu o princípio, seu surgimento e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro - eis que expressamente positivado na Constituição Federal de 1988. Para finalizar, discutiu-se sobre a aplicabilidade (ou não) do princípio da vedação do retrocesso social à referida decisão.

O efeito *cliquet* busca coibir o legislador de suprimir ou alterar normas de caráter fundamental sem meios compensatórios, de forma que os direitos já garantidos tenham sua esfera diminuída.

Assim, este princípio/efeito é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro e pelos Tribunais Superiores, principalmente em matéria de direitos sociais.

Há pouco estudo sobre a sua aplicabilidade no âmbito criminal, todavia, considerando que o direito de liberdade é um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, sendo inclusive, cláusula pétrea, não há como negar reconhecimento e aplicação ao princípio em questão.

Importante ainda ressaltar que o direito à liberdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo possível a retrocessão de direitos em matéria de aplicação de pena.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 fere tanto o princípio da presunção de não culpabilidade como o princípio da vedação do retrocesso social, eis que positivado no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição Federal de 1988 a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com exceção apenas a prisão temporária e preventiva, tipos especiais constantes na legislação infraconstitucional (Código de Processo Penal).

Ao permitir que os acusados que fossem condenados em segunda instância sejam levados a prisão, a Suprema Corte brasileira violou inúmeras garantias e princípios constitucionais.

Ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes da condenação penal com trânsito em julgado e isso está expressamente definido tanto na legislação constitucional quanto infraconstitucional, e retroceder nesse direito importa em violação ao princípio da proibição do retrocesso social.

Tratando-se de questões relacionadas aos direitos humanos, como é o caso do direito à liberdade de ir e vir, no que tange ao reconhecimento e consolidação desses direitos, deve haver uma impossibilidade de retrocessão, de modo que, uma vez incorporado um direito fundamental na ordem constitucional, não há mais como o Estado regredir e desconhecer desse direito reconhecido, assim como as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Cabe referir que a decisão que permite a execução antecipada da pena privativa de liberdade não será capaz de reforçar a confiança do povo brasileiro no sistema de justiça criminal; ao contrário, a tendência é que impacte negativamente, tendo em vista a consciência coletiva de que alguns indivíduos condenados em segundo grau serão absolvidos em recursos especiais e extraordinários, sofrendo

uma punição estatal totalmente injustificada.

Isso tende a provocar um sentimento de consternação e descrédito nas instituições criminais muito maior que o sentimento de impunidade, ainda que sejam poucos os casos de reversão da condenação.

Trará um impacto suficiente para causar uma impressão de arbitrariedade, insegurança e injustiça.

Conclui-se que a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal influirá negativamente para a sociedade, mormente por ferir tantos princípios fundamentais, como o da não culpabilidade, da própria dignidade da pessoa humana e o princípio ora estudado nesta monografia, da proibição do retrocesso social, devendo ser reformada a decisão em questão e retroceder, positivamente, ao antigo posicionamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execuções Penais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 934344/SP*. Agravante: União. Agravado: Nicholas Heilborn de Almeida. Relator(a): Ministro OG Fernandes. Brasília, DF, 17 out. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2019.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 385.007/PR*. Paciente: Joacir Joventino Bueno da Silva. Impetrante: Rafael Cessetti. Impetrado: Tribunal de Justiça do Paraná. Relator(a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 03 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 400.305/SP*. Paciente: N S G. Impetrante: Sebastião Gomes de Oliveira Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 23 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. _____. *Súmula 267*. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 22 maio 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.065-0-DF*. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2019.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 69.964/RJ*. Paciente: Jorge Raimundo Martins. Impetrante: George Tavares. Relator(a): Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 18 dez. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 70.351/RJ*. Paciente: Carlindo Gurgel. Impetrante: Rovane Tavares Guimaraes. Relator(a): Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 22 mar. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 83.592/RJ*. Paciente: Zuleino dos Santos Soares. Impetrante: Eduardo de Moraes. Relator(a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 84.677/RS*. Paciente: Élcio Mossi. Impetrante: Luis Carlos Dias Torres. Relator(a): Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 23 de nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 85.289/SP*. Paciente: Dirceu Silvestre Zaloti. Impetrante: Dirceu Silvestre Zaloti. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 22 de fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 86.498/PR*. Paciente: José Geraldo Nonino. Impetrante: Amir José Finochiaro Sarti. Relator(a): Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 18 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 90.645/PE*. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz. Relator(a): Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 11 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964246/SP*. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2002. v. 2.

CERNICHIARO, L. V.; COSTA JR, P. J. da. *Direito penal da Constituição*. São Paulo: RT, 1990.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 1.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, maio 2009. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br>> Acesso em: 18 mar. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina e jurisprudência e prática*. 2.ed. Niterói: Impetus, 2012.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v. 4.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. Documentos e publicações das Nações Unidas: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Nações Unidas. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

PORCIÚNCULA, José Carlos. A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e ilegitimidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 28 maio 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 28, 2010. Disponível em: <<http://www.idclb.com.br/indicerevista.html>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 30 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 10, n. 2, p. 145-169, 4 jul. 2018. Disponível em <<https://www.periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos>>. Acesso em: 2 maio 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.