

Danniel Adriano Araldi Martins

MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

3ª

EDIÇÃO

revista, ampliada
e atualizada

CONFORME:

- EC 131/2023 – Perda da nacionalidade originária para os brasileiros que adquirem outra nacionalidade
- EC 130/2023 – Permuta entre juízes estaduais de diferentes tribunais
- Lei 14.601/2023 – Reestruturação da política nacional de Assistência Social
- Informativo 1.118 / STF

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

representado no Parlamento, é capaz de impor obrigações e deveres, em um ato de autolimitação de sua liberdade.

É nesse sentido que o **artigo 5º, inciso II, da CF/88** prevê que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

José Afonso da Silva ensina, com acuidade, que a expressão “**em virtude de lei**” significa não só a **lei formal**, que é o ato emanado pelos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo constitucionalmente previsto, mas também os **atos equiparados à lei formal**, como as leis delegadas e as medidas provisórias.⁵

A doutrina costuma a fazer uma importante **distinção** em relação ao princípio da legalidade em relação aos particulares e à Administração Pública.

Vimos que as pessoas são livres, podendo fazer tudo ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe ou obrigue a fazer. Esse é o princípio da legalidade aplicável aos **particulares**. Em relação à **Administração Pública**, o princípio da legalidade possui outra conotação: a Administração Pública só poderá fazer aquilo que estiver previsto em lei (artigo 37, *caput* da CF/88).

B.2. Princípio da irretroatividade das leis

O princípio da não retroatividade das leis está inserido dentro da necessidade de garantia da segurança jurídica quando houver uma **sucessão de leis no tempo**.

Os indivíduos, ao praticarem atos quando da vigência de uma determinada lei, confiam que os seus efeitos **continuarão** a ser regulados por ela ao longo do tempo, ainda que a norma venha a ser substituída. Caso a alteração da lei pudesse atingir os atos praticados anteriormente, ter-se-ia uma insuportável sensação de insegurança, não se podendo prever minimamente o futuro ou se organizar de acordo com tal previsão.

É com fundamento nisso que todas as nossas Constituições, com exceção da Carta de 1937, previram a **vedação genérica de elaboração de leis com efeitos retroativos**, ou seja, proibiram que a lei nova atinja os fatos anteriores à sua vigência. Na Constituição de 1988, o **artigo 5º, inciso XXXVI da CF** dispõe que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

O primeiro ponto a ser observado aqui é que, embora o princípio da não retroatividade seja a **regra** em nosso sistema, ele só será aplicado a contento nas

5. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84-85.

situações trazidas na Constituição, ou seja, quando tratarmos de direitos adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

O **direito adquirido**, segundo o **artigo 6º, §2º, da LINDB**, é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Tal definição, embora tenha seu valor, não foi capaz de aplacar a doutrina, que ainda hoje discute o conceito direito adquirido. A formulação mais célebre e com o maior número de adeptos foi feita por Gabba, que afirma serem dois os elementos caracterizadores do direito adquirido:

- a) ter sido ele **produzido por um fato idôneo para sua produção**; e
- b) ter-se **incorporado definitivamente ao patrimônio do titular**.⁶

Para mais bem compreender o que é o direito adquirido, pode-se traçar uma **linha cronológica**:

- a) Em um **primeiro momento**, o legislador **edita uma lei** que cria direitos e obrigações de maneira ampla e genérica.
- b) Em um **segundo momento**, surge a **expectativa do direito**, pois a pessoa passa a cumprir determinados requisitos da lei, esperando, no futuro, adquirir aquele direito. Nessa etapa, embora o direito esteja na iminência de ocorrer, não se pode ainda falar em direito adquirido, pois não foram cumpridos todos os requisitos exigidos pela lei, não tendo o direito se incorporado definitivamente no patrimônio do titular.
- c) Na **terceira etapa**, o destinatário da norma já preencheu todos os requisitos para a aquisição do direito, mas, em um juízo discricionário, ainda não o exerceu. Surge, aqui, o **direito adquirido**, uma vez que há fato idôneo para a sua produção e já houve a sua incorporação ao patrimônio do seu titular.
- d) Em uma **quarta e derradeira etapa**, temos o **direito consumado**, que é o momento em que a pessoa, após ter adquirido o direito, de fato o exerce, produzindo integralmente os efeitos jurídicos previstos na norma.

Esse caminho, embora não se aplique a todas as situações, pois há direitos que são exercidos e se consomem instantaneamente, tem o mérito de organizar as ideias e tornar claro quando surge o direito adquirido, mormente em contraposição à ideia de expectativa de direito.

O **ato jurídico perfeito** é conceituado pelo **artigo 6º, §1º, da LINDB** como o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

6. Ibidem, p. 136.

Segundo a definição legal, não haveria diferença entre o direito consumado e o ato jurídico perfeito. Nessa toada, **alguns autores** sustentam que a previsão constitucional de que a lei não atingirá o **ato jurídico perfeito e a coisa julgada** são desnecessárias, pois ambas **estariam abarcadas pela proteção conferida ao direito adquirido**, sendo aqueles somente um *plus*, um estágio mais avançado de realização do direito.

Todavia, a diferenciação entre os institutos tem relevâncias não só dogmáticas, mas práticas. Como ensina José Afonso da Silva, o **ato jurídico perfeito não se equivale ao direito consumado**. Este, que também é inatingível pela lei nova, é o exercício do direito adquirido, esgotando-o. O direito consumado emana diretamente da lei em favor de um titular, diferente do ato jurídico perfeito, que é o negócio fundado na lei.⁷

Ainda que não se reconhecesse essa fina diferenciação conceitual, não se pode questionar o **valor pragmático** da previsão expressa da proteção às categorias do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. De fato, a maior simplicidade desses conceitos facilita o reconhecimento da proteção constitucionalmente conferida, evitando-se discussões desnecessárias.

Por fim, a **coisa julgada**, à luz do **artigo 6º, §3º, da LINDB** é a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Aqui, há **divergência** doutrinária se a proteção constitucionalmente conferida à coisa julgada **abarca somente a coisa julgada material**, que, à luz do artigo 502 do CPC/15, é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, impedindo, assim que se modifique a decisão no mesmo ou em qualquer outro processo, **ou se abarca também a coisa julgada formal**, que é aquela que produz efeitos estritamente endoprocessuais, impedindo o reexame da decisão dentro de um mesmo processo.

A **doutrina minoritária** entende que a garantia conferida pelo constituinte se refere **somente à coisa julgada material**, pois o que se busca proteger é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada.⁸

Todavia, a **posição majoritária** em doutrina é de que estão englobadas no princípio da não retroatividade **tanto a coisa julgada material, quanto a coisa julgada formal**. O fundamento principal dessa corrente, a qual sou partidário, é o

7. *Ibidem*, p. 137.

8. Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137.

de que o constituinte não fez distinção entre as situações, não sendo possível interpretar restritivamente garantias fundamentais.⁹

Outra questão interessante envolvendo a estabilidade jurídica é a chamada **relativização da coisa julgada**.

Há diversas **previsões infraconstitucionais** que relativizam a coisa julgada e permitem, conseqüentemente, que ela seja revista. É o caso, por exemplo, da ação rescisória (artigo 966 e seguintes do CPC), da ação de *querela nullitatis* e a revisão criminal (artigo 621 e seguintes do CPP). Todas essas previsões têm um mesmo pano de fundo: busca-se equilibrar a garantia da segurança jurídica com a **justiça**, evitando-se que erros judiciais graves sejam cristalizados e se perpetuem.

Historicamente tem-se entendido que tais previsões, embora mitiguem o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, são plenamente **constitucionais**. Como já vimos, é plenamente possível que a lei restrinja um direito ou garantia fundamental, desde que o faça para a tutela de outro direito ou valor igualmente constitucional, de forma proporcional, e sem aniquilar o conteúdo essencial do direito ou garantia que está sendo limitada.

A questão ganha contornos mais tortuosos quando alguns autores, dentre os quais destacamos o professor Cândido Rangel Dinamarco¹⁰, sustentam que, para além das previsões legais de relativização da coisa julgada, é possível relativizá-la sempre que houver **injustiça** ou **inconstitucionalidade**.

Embora existam vozes de peso que defendam tal possibilidade, é certo que esse entendimento, além de não encontrar amparo legal, aniquilaria por completo o conteúdo essencial do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Bastaria ao litigante vencido no processo judicial alegar injustiça da decisão para pleitear a sua revisão.

Como vimos, o artigo 6º da LINDB repete a previsão constitucional de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, trazendo, em seus parágrafos, uma tentativa de conceituar esses institutos. Embora louvável a atitude do legislador infraconstitucional, não se pode perder de vista que a não retroatividade das leis é uma **garantia constitucional, e não infraconstitucional**, tampouco se pode correr o risco de interpretar a Constituição segundo a lei.¹¹

9. Por todos, ver TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, p. 645.

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 24-25.

11. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369-370.

Feitas essas considerações de cunho geral, passemos a três questões interessantes envolvendo o princípio da não retroatividade.

A primeira envolve as **normas de ordem pública**: é possível que uma lei nova, que veicule norma de ordem pública, atinja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada?

Lei de ordem pública é aquela que veicula uma norma em que o **interesse da sociedade** se sobrepuja ao interesse particular. Em virtude disso, essas normas não podem ser afastadas pela vontade dos particulares, que devem observá-las. Diferenciam-se, nesse ponto, das leis dispositivas, que trazem normas de interesse predominantemente particular e podem ser afastadas pela vontade de seus destinatários.

Um outro efeito que parte da doutrina atribui às leis de ordem pública é a possibilidade de retroação dessas normas. Segundo esses autores, em virtude do especial interesse público que as envolve, elas seriam aplicáveis a situações constituídas preteritamente, não lhe sendo oponível a proteção do direito adquirido, do ato jurídico e da coisa julgada (**retroatividade máxima**).

Outros autores adotam uma posição intermediária, afirmando que as normas de ordem públicas podem atingir os efeitos produzidos após a sua entrada em vigor, ainda que de atos que foram editados anteriormente (**retroatividade mínima**).

Todavia, **doutrina majoritária** entende que **não é possível se reconhecer nenhum grau de retroatividade às normas de ordem pública**, pois a irretroatividade da lei aplica-se para todas as leis, inclusive as que veiculem normas que guardem especial relação com o interesse da sociedade. O artigo 5º, XXXVI, da CF/88 não fez distinção quanto ao conteúdo normativo da lei, **vedando, em todas as hipóteses, qualquer grau de retroatividade da lei nova**. É esse o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes¹² e de Luís Roberto Barroso¹³. O Supremo Tribunal também já se manifestou nesse sentido.¹⁴

Outra situação que envolve os níveis de retroatividade é a previsão do **artigo 2.035, caput e parágrafo único, do Código Civil**.

O **caput** do artigo 2.035 do CC/02 prevê que *a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos*

12. *Ibidem*, p. 367.

13. BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 90, p. 33-68, 2004.

14. RTJ 143/724, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno.

após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

O **parágrafo único** do mesmo artigo, por sua vez, dispõe que *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Da leitura desses dispositivos pode-se claramente perceber que o legislador **previu dois níveis de retroatividade às regras previstas no Código Civil**: i) as normas de natureza dispositiva, à luz desse regramento, se aplicariam aos efeitos de atos jurídicos editados antes de sua vigência, desde que não haja modulação de sua forma de execução pela vontade das partes no próprio ato (**retroatividade mínima**); e ii) as normas de ordem pública do Código Civil de 2002 não podem ser contrariadas por atos editados anteriormente (**retroatividade máxima**).

Essa previsão é constitucional? Poderia o legislador infraconstitucional ter admitido que as normas do Código Civil retroagissem, em maior ou menor medida?

Tem prevalecido em doutrina que as previsões da segunda parte do *caput* e do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil são **inconstitucionais**. Isso porque há patente violação ao princípio da não retroatividade das leis (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF).¹⁵

Uma última questão a ser analisada é a **inaplicabilidade do princípio constitucional do direito adquirido** quando a lei modificar ou extinguir **institutos jurídicos** ou **estatutos jurídicos** previamente fixados.

É esse o entendimento que vem sendo adotado na **doutrina** e na **jurisprudência**.

O **Supremo Tribunal Federal**, por exemplo, ao julgar se a previsão do artigo 693 do Código Civil se aplicaria às enfiteuses constituídas em momento anterior à sua vigência, afastou a alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, posto que a proteção conferida pelo artigo 5º, XXXVI, da CF/88 não tem o condão de impedir a modificação ou supressão de institutos jurídicos.

Nesse contexto, editou-se o **Enunciado n.º 170 da Súmula do Supremo Tribunal Federal**, que diz: “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”.

Em relação ao regime jurídico, um exemplo a ser citado é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal no sentido de que **não podem os servidores públicos invocar direito adquirido para reivindicar a manutenção de estatuto**

15. Por todos: BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 90, p. 33-68, 2004.

jurídico (ex.: número de dias de férias) que tenha sido alterado por lei posterior ao seu ingresso.

Nesse sentido, ficou consignado no RE 563.965, com repercussão geral, que **não há direito adquirido a regime jurídico, desde que respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos.**¹⁶

Em recente julgado, o **Supremo Tribunal Federal** reafirmou a tese de que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito não são oponíveis a regimes ou institutos jurídicos. O caso versava sobre a constitucionalidade ou não o artigo 38 da Lei n.º 8.880/94, que previu que a URV deveria ser utilizada como parâmetro de cálculo de índices de correção monetária nos dois primeiros meses de implantação do Plano Real. Ficou assentado, pelo STF, que essa previsão é constitucional e que sua aplicação imediata para os contratos em vigor não viola o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88, pois **questões envolvendo regime monetário possuam natureza estatutária e institucional.**¹⁷

2. GARANTIAS PENAIS

A. Introdução

Sob a rubrica de garantias penais, estudaremos todas as normas elencadas no artigo 5º da Constituição que trazem **limitações ao poder punitivo estatal.**

Em um Estado democrático de Direito como o nosso, não se imagina que o Estado possa estabelecer delitos e penas de forma absoluta. Pelo contrário, deve observar uma série de **princípios e regras que salvagam as garantias mínimas dos cidadãos.**

Essas normas se espraiam por **todos os momentos do *ius puniendi***, direcionando-o desde o momento em que o legislador decide criar um tipo penal novo ou alterar um já existente, até o momento em que a pena é efetivamente aplicada.

Para fins didáticos, separamos em **três grandes grupos** essas regras e princípios: garantias relativas às normas penais, garantias relativas às penas e garantias relativas à prisão. Deixamos aqueles que envolvam questões processuais para o próximo tópico (garantias judiciárias).

16. STF, Tribunal Pleno, RE 563.965, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20.03.2008.

17. STF, Tribunal Pleno, ADPF 77, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.5.2019.

B. Garantias relativas às normas penais

B.1. Princípio da legalidade penal

Já estudamos o princípio da legalidade quando da análise da segurança jurídica. Naquele momento, vimos que o Estado se encontra limitado, somente podendo proibir ou impor um determinado comportamento por intermédio de lei, elaborada sob os ditames da vontade geral que se encontra representada no Parlamento.

Em relação à tipificação de condutas e a cominação de penas, achou por bem o constituinte trazer uma previsão específica no **artigo 5º**, razão pela qual foi positivado, no **inciso XXXIX**, que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Adotou-se a fórmula de Feuerbach: ***nullum crimen, nulla poena sine lege***.

Desse modo, para que uma determinada conduta seja considerada crime e para que seja aplicado ao agente que pratica aquela conduta uma pena, deverá existir uma **lei incriminadora**.

Mas qual o conceito de lei que deve ser adotado aqui? Entende-se, de maneira pacífica, que a lei incriminadora deve ser **lei formal**, que é aquela editada pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento legislativo entabulado na Constituição. É por isso que, além do princípio da legalidade, pode-se dizer que o artigo 5º, XXXIX, da CF/88 estabelece o **princípio da reserva legal** em matéria penal.

Nesse contexto, o artigo 62, §1º, inciso I, alínea 'b', da CF/88 **veda** que seja editada **medida provisória** em matéria de Direito Penal. Embora o constituinte não tenha feito diferenciação, o **Supremo Tribunal Federal** possui firme entendimento no sentido de que o que é vedado é a edição de medida provisória prejudicial ao réu – incriminadora, exasperadora de pena etc. –, sendo perfeitamente **possível** que se edite uma medida provisória em matéria penal, **desde que benéfica ao réu**.¹⁸

Além dessa natureza formal, a lei incriminadora deve ser **clara e precisa**, não podendo adotar expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Do contrário, far-se-ia tábula rasa do princípio da legalidade, tornando-o, na prática, pouco efetivo. A esse substrato da legalidade penal chama-se de **princípio da taxatividade**.

B.2. Princípio da irretroatividade da lei penal

A lei que tipifica uma conduta e comina uma pena, além de ser formal e certa, deve ser **prévia** ao fato cuja punição se pretende. O próprio artigo 5º, inciso

18. STF, Primeira Turma, RHC 117.566/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j.24.9.2013.

XXXIX, da CF/88 prevê que a lei deve ser “**anterior**”, mas é com o **artigo 5º, inciso XL, da CF/88**, que o princípio da irretroatividade da lei penal ganha forma definitiva: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

Novamente, temos uma garantia que se encaixa, de maneira genérica, no princípio da segurança jurídica. Todavia, achou por bem o legislador torná-la explícita em matéria penal, **reforçando-a**, dada a sua importância e gravidade nesse ramo do Direito.

Desse modo, a lei penal prejudicial **só se aplica aos fatos que ocorram após a sua entrada em vigor**, sendo inaplicável aos fatos que ocorram antes, ainda que durante a sua *vacatio legis*.

Todavia, se a lei penal que entrar em vigor após um determinado fato **for mais benéfica**, ela **retroagirá**. A razão de ser dessa exceção é muito simples: se a sociedade deixa de considerar uma determinada conduta como criminosa ou abranda a sua punição, não faria sentido que se continue aplicando uma lei mais dura, que já não é mais axiologicamente compartilhada pela sociedade.

B.3. Mandados de criminalização

A Constituição de 1988 trouxe não só limitações ao poder punitivo estatal, mas também listou hipóteses em que o **legislador penal deverá intervir obrigatoriamente**. São os chamados **mandados de criminalização**.

Nessas hipóteses, entendeu por bem o constituinte **garantir a proteção**, por meio da lei penal, de determinados direitos fundamentais e valores constitucionais, como o princípio democrático e o direito de igualdade.

Nesse contexto, prevê o artigo 5º da CF/88 que:

- A lei punirá qualquer **discriminação** atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI).
- A prática do **racismo** constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (inciso XLII).
- A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura**, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o **terrorismo** e os definidos como **crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (inciso XLIII).
- Constitui crime inafiançável e imprescritível a **ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático** (inciso XLIV).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da **ADO 26/DF** e do **MI 4.733/DF**, entendeu que o Congresso Nacional se encontra em estado de mora inconstitucional por não ter editado lei penal incriminadora para a proteção dos integrantes do grupo LGBT. Afirmou-se, na oportunidade, que é extraível do artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição o **dever constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia**. Foram dois os fundamentos que embasaram essa conclusão:

- a) as práticas homotransfóbicas podem ser qualificadas como **espécies** do gênero racismo, na **dimensão de racismo social**, pois tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; e
- b) os comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito **de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais** daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

Além de **cientificar o Congresso Nacional**, no bojo da ADO, o STF determinou que a **Lei n.º 7.716/89**, que tipifica diversas formas de discriminação, seja **aplicada prospectivamente** aos casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.¹⁹

Novamente chamado a analisar a extensão da norma contida no artigo 5º, XLII, da CF/88, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o crime de injúria racial (artigo 140, §3º, do Código Penal) reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, de modo que também é imprescritível.²⁰

C. Garantias relativas às penas

C.1. Princípio da intranscendência das penas

Nos primórdios da ciência jurídica, era **comum** que as **penas se estendessem aos membros da família do condenado**. Em nossa história, é célebre a punição aplicada a Joaquim da Silva Xavier, Tiradentes, um dos participantes da Inconfidência Mineira. Na sentença condenatória, além da pena capital por enforcamento e o esquartejamento do seu corpo, declarou-se o réu, seus filhos e netos infames.

19. STF, Tribunal Pleno, ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13.6.2019.

20. STF, Tribunal Pleno, HC 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28.10.2021.

Com a humanização do Direito, passou-se a entender que **ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceira pessoa**. A pena deve ser aplicada a quem pratica a conduta criminosa, não podendo passar de sua pessoa.

Nesse sentido, o **artigo 5º, inciso XLV** da Constituição prevê que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*.

Trata-se da positivação, no texto constitucional pátrio, do **princípio da intranscendência das penas**, também conhecido como **princípio da personalização da pena**.

Em observância a esse princípio, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que é inconstitucional lei estadual que proíba que a Administração Pública contrate empresa cujo diretor, gerente ou empregado tenha sido condenado por crime ou contravenção relacionados com a prática de atos discriminatórios, pois essa lei viola os princípios da intransmissibilidade da pena, da responsabilidade pessoal e do devido processo legal.²¹

C.2. Princípio da individualização das penas

O **artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88** dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Cuida-se da previsão constitucional do **princípio da individualização das penas**. À luz desse princípio, **cada sujeito tem o direito a sua própria pena**, de modo que seja levado em consideração, quando da dosimetria, não só o fato praticado, mas também o seu protagonista.

Esse princípio atua em **três planos** distintos:

- a) **Legislativo**: o legislador, ao criar o tipo penal, deve cominar uma sanção proporcional e razoável, indicando seus patamares mínimo e máximo, bem como as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir a pena.
- b) **Judicial**: o juiz, ao aplicar a pena no caso concreto, deverá estar atento aos elementos angariados durante a instrução penal, para que possa aplicar a pena adequado ao indivíduo que cometeu determinada infração penal.
- c) **Administrativa**: durante a execução da pena, deve ser possibilitado ao condenado que se ressocialize e que progrida ou regrida de regime de

21. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.092, Rel. Marco Aurélio, j. 22.6.2020.

acordo com suas condições pessoais, como bom comportamento e demonstração da aptidão à volta do convívio social.

O **Supremo Tribunal Federal** já enfrentou duas instigantes questões envolvendo esse princípio.

A **Lei n.º 8.072/90**, que trata dos crimes hediondos e equiparados, previu, em seu artigo 2º, §1º, que as penas aplicadas a esses crimes seriam **cumpridas em regime integralmente fechado**. Tal previsão, no entanto, foi julgada **inconstitucional** pelo Supremo Tribunal Federal, pois se entendeu que teria havido violação ao princípio da individualização da pena em suas dimensões judicial e administrativa ao impedir que o juiz, no caso concreto, escolhesse o regime inicial adequado, bem como ao impedir que o réu progredisse no curso da execução penal.²²

Em razão dessa decisão, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 11.464/07, dando **nova redação ao §1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90**. Esse dispositivo passou a prever que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal entendeu que a previsão legal de regime inicialmente fechado **violava o princípio da individualização da pena** ao impedir que o juiz do caso analisasse, ante as circunstâncias concretas, qual o melhor regime inicial de cumprimento da pena. Nessa esteira, a Corte Suprema consignou que **é inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado**, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.²³

C.3. Princípio da humanidade

Historicamente, a previsão **da pena privativa de liberdade é uma conquista recente da humanidade**. Nos primórdios, as penas aplicadas eram basicamente as de expulsão da comunidade (“perda da paz”). Em um momento posterior, as penas passaram a ser as de morte, de mutilações, de desterramentos e de multas. Até o final do século XVIII, o encarceramento servia só para preservar o réu para o julgamento.²⁴

Com o avanço civilizatório, chegou-se a um consenso de que as penas, embora necessárias, não podem perder de vista que o condenado é um **ser humano**,

22. STF, Tribunal Pleno, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.2.2006.

23. STF, Tribunal Pleno, ARE 1.052.700, Rel. Min. Edson Fachin, j. 2.11.2017.

24. BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

dotado de dignidade. Assim, as penas passam a ser, basicamente, as privativas de liberdade, restritivas de direitos e a multa.

É nessa esteira que o artigo 5º, **inciso XLVII, da CF/88** prevê que 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 e) cruéis.

Esse dispositivo constitucional, segundo a doutrina, é aquele que veicula o **princípio da humanidade das penas**. Cezar Roberto Bittencourt, discorrendo sobre o assunto, diz que esse princípio prescreve que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.²⁵

Por fim, é importante destacar que a própria Constituição de 1988 traz uma **exceção** em que a **pena de morte é admissível**: nos casos de guerra declarada pelo Presidente da República e autorizado ou referendado pelo Congresso Nacional em virtude de agressão estrangeira (artigo 84, inciso XIX, e artigo 49, inciso II, ambos da CF/88).

José Afonso da Silva ensina que a justificação dessa exceção encontra-se na superposição do **valor “pátria em perigo”** ao valor individual da pessoa que, responsável pela da nação, falta com o seu compromisso.²⁶

✔ **Observação:** Também ligado à dignidade e respeito com que devem ser tratados os presos, sejam eles provisórios ou definitivos, o Supremo Tribunal Federal editou enunciado vinculante **proibindo o uso imotivado de algemas**: “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (SV n. 11).

C.4. Limitações à extradição

Segundo José Francisco Rezek, a **extradição** é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena.²⁷

25. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 24. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

26. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 152.

27. REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124.

Relativamente ao tema, o artigo 5º da CF/88 trouxe, na qualidade de garantias fundamentais, **duas limitações**. O **inciso LI** dispõe que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. O **inciso LII**, por sua vez, prevê que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Além desses dispositivos de ordem constitucional, a legislação infraconstitucional traz outros limites à extradição. Os **artigos 81 a 99 da Lei n.º 13.455/17** preveem as balizas legais para que alguém seja extraditado do Brasil.

D. Garantias relativas à prisão

A Constituição Federal de 1988, atenta aos direitos de **liberdade** e aos princípios da **legalidade** e da **dignidade da pessoa humana**, positivou um extenso rol de garantias em torno da prisão e da proteção aos presos.

O **artigo 5º, LXI, da CF/88** prevê que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Trata-se da positivação da **excepcionalidade da prisão**. A regra deve ser sempre a liberdade, sendo certo que o indivíduo, salvos nos casos de transgressão militar, só poderá se ver dela privado nos casos de prisão em flagrante delito ou ordem judicial escrita e fundamentada.

Uma vez preso, deverá haver a **comunicação imediata do juiz competente** e da **família do preso ou à pessoa por ele indicada** (artigo 5º, inciso LXII, da CF/88), garantia essa que permitirá não só o controle da medida pelo Poder Judiciário, mas também que o preso seja assistido por seus familiares ou pessoas próximas.

O juiz, ao ser comunicado da prisão, deverá **relaxá-la** se constatar que a mesma foi ilegal (artigo 5º, inciso LXV, da CF/88). Sendo a prisão legal, o juiz poderá conceder a **liberdade provisória**, com ou sem fiança, ou, estando presentes os requisitos legais para tanto (artigos 312 a 316 do Código de Processo Penal), **decretar a prisão preventiva** (artigo 5º, inciso LXVI da CF/88).

À luz do artigo 5º, inciso LXIII, da CF/88, o preso tem o direito de ser **informado de seus direitos**, com o direito a permanecer calado, bem como o de **receber assistência de sua família e de um advogado**. É desse dispositivo que se extrai, em nosso ordenamento jurídico, uma das garantias mais valiosas em um Estado democrático de Direito: o **direito à não autoincriminação** (*nemo tenetur se detegere*). Assim, **ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo**.

Embora tenha o constituinte se limitado a prever expressamente o **direito ao silêncio**, a doutrina e a jurisprudência interpretam tal previsão de forma ampla, extraindo dele outras posições jurídicas, tais como: i) o direito de **não ser compelido a confessar**; ii) a **inexigibilidade de dizer a verdade**; iii) o direito de **não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação**; iv) o direito de **não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo**.²⁸

Além disso, o preso tem o direito à **identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial** (artigo 5º, inciso LXIV, da CF/88). Buscou-se, aqui, dar transparência à prisão e ao interrogatório, o que permite um controle *a posteriori* que poderá levar, inclusive, à responsabilização do agente ou autoridade que agirem de forma abusiva.

Por fim, estabelece o **artigo 5º, inciso LXVII, da CF/88** que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Todavia, só subsistente em nosso sistema jurídico como possível a prisão civil em razão de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, pois o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n.º 678/92, ampliou a garantia para vedar também a prisão civil do depositário infiel. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou o **Enunciado n.º 25 da Súmula Vinculante**, que diz: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

3. GARANTIAS PROCESSUAIS

A. Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz um expressivo rol de direitos e garantias fundamentais relacionadas ao **processo judicial civil e penal**. Tais garantias, alerta Gilmar Ferreira Mendes, não se limitam somente aos processos judiciais, aplicando-se, também aos de natureza **administrativa** e até mesmo aos de natureza **privada**.²⁹

Essas normas positivadas na Constituição de 1988 são a **pedra angular** de todo e qualquer processo. Além de **estruturarem** o modelo de processo, elas servem como **vetor interpretativo** de todas as demais normas processuais infraconstitucionais.

28. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4ª ed. rev. ampl. e atual, Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

29. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 398.

B. Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O **artigo 5º, inciso XXXV da CF/88** afirma que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Desse dispositivo surge o **princípio da inafastabilidade da jurisdição** que, em sua formulação clássica, confunde-se com o **direito de ação**. Assim, é dado ao indivíduo bater às portas do Poder Judiciário e ter a sua alegação de lesão ou ameaça a direito apreciada.

Nesse contexto, salvo raras exceções legais e jurisprudenciais, **não é necessário** que o indivíduo procure valer-se previamente de **mecanismos administrativos de soluções de conflito**. Tampouco deve haver **esgotamento das esferas administrativas** para que possa o indivíduo acionar o Poder Judiciário e ter a sua pretensão analisada.

Uma das **mitigações** à essa garantia está prevista expressamente no texto constitucional. O **artigo 217, §1º, da CF/88** prevê que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da **justiça desportiva**, regulada em lei.

Atualmente, no entanto, esse princípio foi objeto de uma **releitura ampliativa** pelos processualistas. Percebeu-se que tão somente assegurar o acesso ao Poder Judiciário não bastava. Para que tenhamos acesso a uma **ordem jurídica justa**, é necessário garantir não só a possibilidade de ter a sua pretensão analisada pelo Poder Judiciária, mas dar a quem tem razão a outorga de uma tutela jurisdicional **efetiva, adequada e tempestiva**.³⁰

C. Princípio do juiz natural

A doutrina pátria extrai da conjugação dos **incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da CF/88** o princípio constitucional do juiz natural. Aquele veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção, enquanto este consigna que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

À luz dessa garantia, a **ninguém é dado escolher o juiz da causa**, que deverá ser fixado com base em **regras gerais e abstratas previamente estabelecidas**.

D. Tribunal do júri

A Constituição Federal de 1988 trouxe no rol de direitos e garantias fundamentais o Tribunal do Júri. O **artigo 5º, inciso XXXVIII da CF/88** diz que é

30. DINAMARCO, Cândido Rangel; Lopes, Bruno Vasconcellos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55.