

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO -**

**UNINOVE**

**FELIPE LASCANE NETO**

**O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado: efetividade  
processual *versus* presunção de inocência**

**São Paulo**

**2018**

FELIPE LASCANE NETO

**O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual *versus* presunção de inocência**

Dissertação apresentada à Universidade Uninove para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade

Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência

Orientador: Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

**São Paulo**

**2018**

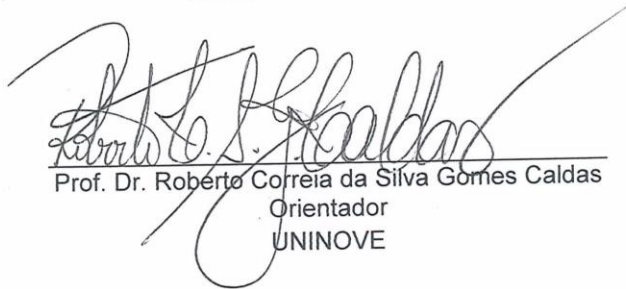
Felipe Lascane Neto

**O CUMPRIMENTO DE PENA SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO:  
EFETIVIDADE PROCESSUAL VERSUS PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Dissertação de Mestrado, apresentada ao  
Programa de Mestrado em Direito da  
Universidade Nove de Julho como parte  
das exigências para a obtenção do título  
de Mestre em Direito

São Paulo, 26 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas  
Orientador  
UNINOVE



Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci  
Examinador Interno  
UNINOVE



Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz  
Examinadora Externa  
UIT

**RESUMO:** A dissertação visa ao exame das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal que permitiram o cumprimento da pena segregativa da liberdade a partir da decisão de 2ª instância, e não mais a partir da sentença penal transitada em julgado, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 -, mitigando, dessa forma, a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência e promovendo uma mutação inconstitucional na medida em que o disposto textualmente na norma consagradora da presunção de inocência não admite esse abreviamento da cessação do estado de inocente e, conseqüentemente, o encarceramento de pessoa que não tem contra si uma decisão condenatória transitada em julgado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção de inocência. Trânsito em julgado. Efetividade processual.

**ABSTRACT:** The dissertation aims at the examination of the decisions given by the Supremo Tribunal Federal that allowed the beginning of the prison penalty involving deprivation of liberty just after the decision of second instance instead of after the final judgment of the criminal case, according to the fifth article, item LVII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 -, moderating, in this form, the extension of the constitutional presumption of innocence, to the extent that as the provision textually in the norm consecrating the presumption of innocence doesn't admit this abbreviation of the cessation of the state of innocent and consequently the arrest of person who does not have against him a finally decision.

**Key-words:** Presumption of innocence. Criminal condemnation before the end of the process. Procedural effectiveness.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>7</b>  |
| <br>   |           |
| <b>CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA .....</b>  | <b>11</b> |
| <br>   |           |
| <b>1.1 O contexto social da insegurança .....</b>  | <b>11</b> |
| <b>1.2 Efetividade Processual .....</b>  | <b>14</b> |
| <b>1.3 Princípios constitucionais em espécie .....</b>   | <b>18</b> |
| <b>1.4 Princípio da presunção da inocência .....</b>   | <b>26</b> |
| <b>1.5 Princípios Constitucionais: aplicação e referencial teórico adotado .....</b>   | <b>35</b> |
| <br>   |           |
| <b>CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....</b>   | <b>39</b> |
| <br>   |           |
| <b>2.1 A construção da interpretação do princípio constitucional da inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....</b>   | <b>39</b> |
| <br>   |           |
| <b>2.2 O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44 e do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, todos pelo Supremo Tribunal Federal, e os fundamentos da pretensa efetividade processual.....</b> | <b>42</b> |
| <br>   |           |
| <b>CAPÍTULO 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO POLÍTICA .....</b>   | <b>51</b> |
| <br>   |           |
| <b>3.1 Contornos teóricos para a atividade do julgador .....</b>   | <b>51</b> |
| <b>3.2 O Poder Político do Supremo Tribunal Federal - Algumas</b>  |           |

|            |  |            |
|------------|--|------------|
|            | <b>Reflexões .....</b>   | <b>53</b>  |
| <b>3.3</b> | <b>Mutação Constitucional: considerações .....</b>   | <b>58</b>  |
| <b>3.4</b> | <b>Mutação Constitucional Judicial e Ativismo Judicial .....</b>   | <b>61</b>  |
|            | <br>   |            |
|            | <b>CAPÍTULO 4 A (INA)DEQUAÇÃO DA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA FUNDAMENTADA NA EFETIVIDADE PROCESSUAL .....</b>                                | <b>66</b>  |
| <b>4.1</b> | <b>Efetividade Processual como fundamento para alteração da jurisprudência .....</b>   | <b>66</b>  |
| <b>4.2</b> | <b>Vedação ao retrocesso .....</b>   | <b>75</b>  |
| <b>4.3</b> | <b>Os sinais trocados emitidos pelo STF - O perigo do populismo das decisões. A efetividade do processo penal (in)efetivo .....</b>        | <b>78</b>  |
| <b>4.4</b> | <b>Do (des)acerto em fundamentar a guinada jurisprudencial pelo cumprimento da pena sem trânsito em julgado no direito comparado .....</b> | <b>83</b>  |
| <b>4.5</b> | <b>Da aparente correção de rumos do Supremo Tribunal Federal .....</b>   | <b>88</b>  |
|            | <br>   |            |
|            | <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>95</b>  |
|            | <br>   |            |
|            | <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>100</b> |

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o conceito e a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência, cotejando-o com a decisão prolatada em 17 de fevereiro de 2016, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal - STF - julgou o Habeas Corpus n. 126.292, e, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), passou a entender que é cabível o início do cumprimento da pena criminal a partir da decisão de 2ª instância, apesar de o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 - dispor expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.

Nas Medidas Cautelares relacionadas com as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44<sup>1</sup>, nas quais se questiona a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal - CPP -, que dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou de prisão preventiva - também julgadas pelo STF -, ficou confirmado o entendimento sufragado no Habeas Corpus n. 126.292. Pontua-se que o mérito das referidas Ações Diretas de Constitucionalidade ainda pende de julgamento na medida em que só tiverem sido analisadas as Medidas Cautelares.

Por seu turno, no Agravo em Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 964.246, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o entendimento já afirmado no Habeas Corpus n. 126.292, nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades n. 43 e n. 44 ficou confirmado, agora com repercussão geral.

Até que sobreviesse a guinada jurisprudencial, objeto da análise desta dissertação, prevalecia o entendimento sufragado no Habeas Corpus STF n. 84.078<sup>2</sup>, no qual foi assentado que o princípio constitucional da

---

<sup>1</sup> Ambas julgadas em 5 de outubro de 2016.

<sup>2</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-0104.

presunção de inocência somente cessa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ocasião em que a pena se inicia.

Constatamos que os fundamentos das referidas decisões se pautam na busca da efetividade do processo, visto este como sinônimo de celeridade na tutela jurisdicional, mesmo que, para atingir esse objetivo, se sacrifiquem direitos fundamentais previstos na CR/88.

Confrontar-se-á a busca da efetividade do processo com o princípio da presunção de inocência e se analisará em que medida as mencionadas decisões preteriram - melhor dizendo - esvaziaram parcialmente o postulado constitucional da presunção da inocência.

Será abordada a questão do poder político do STF e se buscará traçar sua extensão, avaliando-se se esse poder político permite as elásticas interpretações hoje tão corriqueiras.

Investigar-se-á o instituto da mutação constitucional, seus contornos e limites de criação, e quando a mutação se transforma em ativismo judicial decisório, ou seja, a interpretação baseada em elementos ideológicos e culturais.

O primeiro capítulo deste estudo trata do entendimento doutrinário do conceito de princípios constitucionais, além de abordar princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal e ao Processo Penal, correlacionados intrinsecamente com o princípio da presunção de inocência. Procede-se ao exame minucioso do princípio da presunção de inocência e aborda-se o que a doutrina entende por efetividade processual, buscando-se traçar uma divisa bem demarcada entre efetividade processual e celeridade processual, sendo esta última uma nuance entre várias que compõem o conceito de efetividade.

O segundo capítulo concentra a evolução jurisprudencial do STF no que se refere à aplicação e à extensão do princípio constitucional da presunção de inocência.

Analisa-se, ainda, o conteúdo dos votos prolatados no Habeas Corpus n. 126.292, nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de



Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44, e no Agravo em Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 964.246, todas prolatadas pelo STF.

No terceiro capítulo, questiona-se se foi legítima e legal a promoção da mutação constitucional pelo STF quando, literalmente, se reescreveu o postulado da presunção de inocência para, ao invés de vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viger somente até a decisão de Tribunal de 2ª instância. A análise contempla o reconhecido (e não negado) poder político do STF, mas busca desenhar suas limitações constantes da própria CR/88.

No quarto e último capítulo, estuda-se se a decisão do STF que permite o encarceramento do apenado a partir da decisão 2ª instância constitui ou não retrocesso social e civilizatório. Para tanto, será utilizada doutrina especializada, que trata do princípio implícito “da vedação ao retrocesso”. Será objeto de análise o equívoco em fundamentar a guinada jurisprudencial para permitir, com base no Direito Comparado, o abreviamento do cumprimento de pena para a decisão condenatória de 2ª instância, e não mais com o trânsito em julgado. Finalmente, serão examinadas recentes decisões de alguns ministros do STF que, resistindo a aplicar o quanto decidido no Habeas Corpus n. 126.292, nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44 e no Agravo em Recurso Extraordinário com a repercussão geral n. 964.246, vêm aplicando o princípio constitucional da presunção de inocência do modo como está disposto no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Serão abordadas, ainda, no quarto capítulo, a incongruência de decisões do STF em matéria criminal, as quais, no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347<sup>3</sup>, acolheram expressamente a teoria do estado de coisas inconstitucional para impor que medidas sejam adotadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visando alterar a realidade de inconstitucionalidade evidente que se percebe no caótico sistema prisional; e que, em curtíssimo espaço de tempo,

---

<sup>3</sup> ADPF 347 MC. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

passa a entender, mesmo sem o édito penal condenatório definitivo, já ser possível o início do cumprimento de pena do condenado a partir da decisão de 2ª instância; portanto, antes do trânsito em julgado.

O método utilizado neste estudo é o indutivo, visto que ele se fundamentou em análise jurisprudencial do STF, que faz seu cotejamento com lições doutrinárias e com julgados e trechos de votos emanados também do STF.

Partir-se-á da análise de um caso específico para buscar-se uma conclusão geral.

## **CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

### **1.1 O contexto social da insegurança**

É público e notório o clima de insegurança em que vive a atual sociedade brasileira, principalmente em razão da criminalidade organizada, que promove espetaculosas cenas de violência e amedronta as pessoas com a utilização de armas de grosso calibre. Essa mesma sociedade, sentindo-se acuada, anseia por medidas punitivas mais severas e rápidas, talvez para sentir-se aparentemente mais segura.

A mídia sensacionalista corrobora este clima. Tanto os meios de comunicação escritos como os televisivos dedicam boa parte de sua programação a mostrar cenas de violência urbana, criando a sensação de que os cidadãos ordeiros e trabalhadores tornaram-se reféns de uma horda de meliantes que, a qualquer momento, tomarão as cidades e avançarão sobre o poder constituído, diante da ineficiência do Estado em controlar a criminalidade.

Nesse contexto, a população, apoiada na mídia e até mesmo em discursos de juristas “consagrados”, clama por soluções imediatistas como: a criação de novos tipos penais, a tipificação de crimes de mera conduta, o aumento da pena dos delitos leves, a criação de novos empecilhos para a progressão de regime ou livramento condicional, a qualificação de um determinado crime em hediondo ou o abreviamento no cumprimento das penas.

O anuário estatístico *Justiça em Números 2016* aponta para o crescimento das penas de encarceramento impostas pela Justiça no Brasil. No ano de 2015, 281.007 penas privativas de liberdade começaram a ser cumpridas em todo o País, quase o dobro do número de 2009, ou seja, 148 mil - um crescimento de 6% em relação ao ano anterior e de 90% em relação a

2009. A população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, tendo crescido 267% nos últimos 14 anos, atingindo a marca de 622 mil pessoas presas<sup>4</sup>.

Claramente, o Brasil - mais precisamente o Poder Judiciário brasileiro - optou pelo encarceramento em massa como política pública para redução da criminalidade, o que, pelos números, não se concretizou em avanço, mas em retrocesso, na medida em que a criminalidade não caiu.

O cumprimento provisório da pena sem o trânsito em julgado é um entre outros pontos que facilitam o encarceramento “em atacado”; e esse encarceramento é utilizado como argumento de que o processo penal está sendo efetivo porque os malfeitores estão sendo presos com maior celeridade.

De forma mais pragmática do que o desejável, o aumento da criminalidade é atribuído, pela população e pela imprensa, à sensação de impunidade, que diminui no psicológico da sociedade quando há uma rápida resposta do Estado ao crime, qualquer resposta, desde que seja célere.

Nesse ambiente, a grande quantidade de recursos existentes no ordenamento pátrio parece ser parte integrante do problema, uma vez que é um fator que, se não impede, retarda demasiada e intoleravelmente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, postergando indefinidamente as medidas punitivas.

É temerário que essa visão simplista, assunto que será abordado nos próximos capítulos desta dissertação, tenha sido assumida também pelo STF, que é constituído por ministros de notável saber jurídico, tal como exige o artigo 101 da CR/88.

Desde logo, sinaliza-se que o vértice do pensamento empregado ao longo desta dissertação coincide com a síntese elaborada por Coutinho:

[...] se há uma tentativa de fazer prevalecer o imaginário contra a cultura democrática, pelo menos dois caminhos se apresentam para marcar um lugar aceitável: 1º, não se iludir com o “canto da sereia” e, assim, não se permitir ser guiado pelo imaginário sedutor, pelas respostas fáceis que sacrificam os direitos e garantias fundamentais

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>. Acesso em: 26 dez. 2017.

do cidadão em homenagem a uma ideologia repressivista; 2º, manter a resistência contra qualquer tipo de desvio nessa direção, de modo a que saibam todos que não se pode fazer o que se quiser, principalmente contra a Constituição <sup>5</sup>.

Contra a Constituição não há direito, ainda que uma pretensa maioria desaprove direitos fundamentais expressos na CR/88, entre eles o princípio constitucional da presunção de inocência; o direito só se faz com base na Constituição e segundo seus ditames

Importa salientar que a efetividade processual, a diminuição da sensação de impunidade e a obtenção de maior credibilidade das instituições são promovidas mediante o cumprimento do texto constitucional, e não por meio de sua interpretação sem limites, para dizer o que a Constituição não diz para agradar a uma pretensa maioria ou para sentir-se ideologicamente confortado, ainda que, para isso, o texto constitucional seja sacrificado.

Política criminal se faz com a legitimidade dos eleitos. Não se desconhece que o momento é de descrédito na política e nos mandatários eleitos pelo voto popular.

Todavia, conhece-se muito bem que o caminho da consolidação da democracia é lento, penoso e exige maturidade.

Com isso, quer-se dizer que, quando um poder se arroga poderes que não tem, reinterpretando o texto constitucional de acordo com o que pessoalmente entende acertado e de forma descompromissada com o que está escrito, aproveitando-se, circunstancialmente, da fragilidade do outro, é que a democracia está ruindo, não sob o ponto de vista formal, mas, certamente, sob o ponto de vista material.

---

<sup>5</sup> COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? p. 149-150. In: PRADO. Geraldo. MALAN, Diogo (coords.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. Lumen Juris, 2014.

A democracia é um conceito histórico; e, portanto, tem um sentido fluído, dinâmico, que se altera diante das circunstâncias e do momento histórico de um povo<sup>6</sup>.

Comparato adverte que a democracia é o único regime que se afina com os direitos humanos; e quando se interpreta a Constituição para alterar o significado do que está grafado, a democracia está em xeque, porque se está descumprindo o que ficou normatizado:

Outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para organização do Estado<sup>7</sup>.

O termo democracia, para o fim aqui proposto, deve ser entendido como obediência à opção política exercida pelo Poder Constituinte; e quando se fala em princípio constitucional da presunção de inocência, tal como está grafado no inciso LVII do artigo 5º da CR/66, estamos a tratar do Poder Constituinte Originário.

## 1.2 Efetividade processual

A efetividade processual não é sinônimo de celeridade processual. A celeridade processual é um dos fatores que compõem a efetividade processual, mas não o único.

---

<sup>6</sup> MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia Participativa na Constituição Brasileira. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 182. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril\\_v45\\_n178\\_p181.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf). Acesso em: 26 dez. 2017.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 231.

Com Moreira, logo de início pontua-se que o conceito de efetividade processual comporta boa dose de fluidez<sup>8</sup>.

A forma e a norma devem ser cumpridas, o que não quer dizer que haja apego pela forma nem entendimento do processo como um fim em si mesmo.

As fases concatenadas e os direitos garantidos às partes não podem sofrer atropelos, o que se denominou de “febre do efficientismo<sup>9</sup>” em nome de uma rápida prestação jurisdicional.

É esclarecedora a lição de Passos sobre essa questão:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer)<sup>10</sup>.

A efetividade processual não é uma porta aberta para a celeridade a todo custo e a que custo for. O processo efetivo deve ser célere, mas isso não quer dizer que processo célere seja necessariamente efetivo. Quando houver atropelos a garantias fundamentais constitucionais e à lei para conferir

---

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

<sup>9</sup> COUTO, Monica Bonetti, MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Poder Judiciário, justiça e eficiência:** caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva? In: Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos [recurso eletrônico]. Vladimir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches (Coords.) Curitiba: Clássica, 2013.

<sup>10</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70.

celeridade, não estaremos nos deparando com processo efetivo, mas com arremedo de processo em nome de respostas rápidas.

O processo não se torna efetivo quando se antecipam seus efeitos, que só ocorreriam com o trânsito em julgado, em se tratando de presunção de inocência, muito menos criando fórmulas para que o autor tenha suas razões mais rapidamente reconhecidas, mesmo que, para tanto, seja sacrificado o direito do réu.

Assis traz interessante reflexão sobre o tema:

O principal malefício de pretender a erradicação do problema da demora por intermédio das reformas processuais consiste em eleger solução simplista e rumo equivocado. As mazelas reais ou hipotéticas do processo jamais acabarão dando-se invariavelmente razão ao autor. É fato perceptível nas obras doutrinárias recentes, interpretando e patrulhando as reformas, a má vontade com os réus. Vários processualistas meteram-se na duvidosa empreitada de reinventar o processo banindo o réu. Com razão superficial, perceberam o papel de inimigo acerbo e natural da efetividade desempenhado pelo réu. Não só o réu contraria a pretensão do autor, como a ela resiste por meios legítimos. Recusa-se o réu a colaborar, a cumprir ordens judiciais e, de um modo geral, a quedar-se inerte, propiciando celeridade ao processo. Ao invés, resiste e recorre, pondo tudo a perder. O fato de o réu não corresponder às elevadas expectativas nele depositadas nos devaneios doutrinários exige medidas extremas e enérgicas para eliminá-lo do cenário.

Forçoso convir, nada obstante, repontar a medida da civilização na tutela outorgada aos réus e às minorias. Logo, em qualquer circunstância, o processo continuará dialético, mostrando-se inadmissível comprimi-lo a ponto de transformar a justiça em algo instantâneo e automático.<sup>11</sup>

Exsurge, nesse contexto, uma premissa da efetividade processual: não é retirando direitos dos réus, que *insistem* em recorrer e em se defender, com base nos recursos postos a sua disposição pelo ordenamento jurídico, que será alcançada a tão almejada efetividade processual.

É cômodo discursar em prol da rapidez da resposta jurisdicional. Todavia esse discurso, muitas vezes, camufla ideia assaz equivocada de que, diante de todo o trabalho que autor tem para ajuizar uma demanda, deve-se

---

<sup>11</sup> ASSIS, Araken. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. In: **Processo e Constituição** – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coords.: Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 197.



abreviar o reconhecimento de seu direito, ainda que, para isso, se sacrifique o direito à defesa.

Essa também é a lição de Oliveira ao abordar, com argúcia, a ideia do devido processo legal e a garantia de equilíbrio dos litigantes:

[...] controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte, como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si. O fenômeno oferece duas facetas: *no plano normativo*, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; *no plano do fato*, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório. Embora se cuide aqui de um postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido amplo<sup>12</sup>.

A igualdade das partes não está em privilegiar a tese ou a pretensa demonstração do direito do autor em detrimento da tese do réu. A resposta favorável à pretensão do autor - em regra o Ministério Público - quando se está a tratar de processo penal pelas instâncias ordinárias, aí incluída a 2ª instância, não significa uma imutabilidade dessa decisão provisória. Somente com o trânsito em julgado da decisão, e que, portanto, tenha-se tornado definitiva, a presunção de inocência do réu cederá passo ao reconhecimento da culpa (pretensão do autor) e de suas consequências legais.

A celeridade processual, uma das nuances da efetividade do processo, não pode ser utilizada como pretensa fundamento para atropelos em direitos e garantias fundamentais. A efetividade e a celeridade do processo estão relacionadas não apenas com a perseguida rapidez na sua tramitação, mas sobretudo, com a rapidez aliada e harmonizada com os princípios constitucionais garantidores de direitos do cidadão frente ao Poder do Estado, sendo a presunção de inocência genuíno exemplo dessa importante conquista civilizatória.

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8-9.

A construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual marca do neoprocessualismo, precisa estar compatibilizada com o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do demandado<sup>13</sup>.

### 1.3 Princípios constitucionais em espécie

O princípio da legalidade, em matéria penal, está previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXIX, da CR/88, que assim dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”.

Decorre do princípio da legalidade penal que a definição de crime e de cominação de pena são matérias reservadas à lei; e a previsão de crime ou de pena em qualquer outro diploma que não a lei seria marcada da pecha de inconstitucionalidade.

No mencionado dispositivo ainda estão inseridos dois princípios penais, a saber: o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade<sup>14</sup>.

Como lembrado por MIR,<sup>15</sup> a construção latina desse princípio foi obra de Feurbach, ao eternizar a fórmula universal do *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*.

A taxatividade não quer dizer que não se admite qualquer interpretação. Todavia, não se admitem interpretações de tal modo elásticas que transmudem o significado da norma, transformando seu significado ao arbítrio do intérprete, baseado em sua escolha pessoal, religiosa, política, ideológica, entre outras. Deve prevalecer o sentido jurídico da norma.

---

<sup>13</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: [www.panoptica.org](http://www.panoptica.org). Acesso em: 27 dez. 2017, p. 38.

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 92.

<sup>15</sup> MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal español** - parte general, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1998. V. 1, p. 163.

A CR/88 não pode e não deve ser interpretada com base nas normas infraconstitucionais, mas, ao contrário, são as disposições constitucionais que se irradiam às normas infraconstitucionais.

Também releva anotar que a interpretação do texto constitucional deve observância ao princípio da unidade da Constituição, o qual impõe a interpretação das normas constitucionais não de forma isolada e solta, mas inseridas num sistema de regras e princípios que se irradiam e se espraiam por todo o ordenamento jurídico,<sup>16</sup> formando a unidade sistemática do Direito.

O princípio da legalidade em matéria penal, com assento constitucional, serve não só, mas também, (ou deveria ter servido) de vetor interpretativo à decisão do STF, que abreviou o ponto inicial para o início do cumprimento da pena segregativa da liberdade, até porque o princípio da presunção de inocência, que será tratado de forma minudente mais adiante, configura extrinsecamente um direito constitucional fundamental, visto que ele consta no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º da CR/88), ao passo que, intrinsecamente, é um direito predominantemente processual, com repercussões, no campo probatório, das garantias e de tratamento do acusado<sup>17</sup>.

Todos esses princípios traduzem-se em verdadeiras garantias individuais: apenas a lei institui condutas tipificadas como crime, define qual a pena a ser cominada; e o cidadão só pode ser punido se praticar a conduta depois de editada a lei.

Por outro lado, também o Direito Processual Penal fixa princípios que formalizam garantias individuais, sendo o princípio da presunção da inocência um de seus baluartes.

Com a decisão prolatada pelo STF, firmou-se o entendimento, na Alta Corte, de que a regra é que as penas passam a ser cumpridas a partir da decisão em 2ª instância, e não mais com o trânsito em julgado, como expressamente determina o artigo 5º, inciso LVII, da CR/88.

---

<sup>16</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 382.

Nesse contexto, verificamos, a partir dos fundamentos utilizados pelos julgadores, se a decisão do STF que passou a permitir o cumprimento da pena com a decisão provisória de 2ª instância - portanto, sem o trânsito em julgado - foi uma decisão que viola o princípio da presunção de inocência sob o pretexto de imprimir efetividade ao processo.

A prisão, o encarceramento, não é matéria afeta ao Direito Processual, mas sim ao Direito Penal, o qual, assim como os demais ramos do direito, é iluminado pelas normas constitucionais.

Tanto assim o é que, quando o Plenário do STF, no julgamento do HC n. 82.959/SP, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio<sup>18</sup>, reconheceu, por seis votos a cinco, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos -, passou-se a permitir a progressão de regime prisional. O entendimento beneficiou a todos os réus, sendo aplicado inclusive retroativamente, desconstituindo a coisa julgada.

Eis o teor do acórdão paradigmático:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO: REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO: PROGRESSÃO. PRECEDENTES. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO DO PEDIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA GARANTIR AO PACIENTE NOVA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE PROGRESSÃO. 1. Deficiência da instrução do pedido por inexistência da comprovação de que, na impetração dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, tenha sido requerido o direito de progressão nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal motivo que inviabiliza o conhecimento da presente impetração. 2. No mérito, a Lei n. 11.464/07 - no ponto em que disciplinou a progressão de regime - trouxe critérios mais rígidos do que os anteriormente estabelecidos na Lei de Execução Penal, vigente à época do fato. Não se aplica o cumprimento da pena imposta pelos critérios da Lei n. 11.464/07, o que significaria afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, inc. XL, da Constituição da República e art. 2º do Código Penal). 3. Habeas corpus concedido de ofício para garantir ao Paciente que o Juízo das Execuções aprecie novamente o pedido de progressão de regime lá formulado<sup>19</sup>.

Na conclusão do voto, assim ficou consignado:

---

<sup>18</sup> Publicado em 1º de setembro 2006.

<sup>19</sup> HC 91631. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 16/10/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 EMENT VOL-02297-03 PP-00426 RTJ VOL-00205-01 PP-00341 RCJ v. 21, n. 138, 2007, p. 137.

a) o óbice à progressão de regime contido na redação original do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 não se aplica a qualquer fato em relação ao qual ainda seja possível a aplicação da pena;

b) se o fato ocorreu antes de 29 de março de 2007 – data em que entrou em vigor a Lei n. 11.464/07 -, são aplicadas as regras previstas na Lei de Execução Penal, exigindo-se, para a progressão, o cumprimento de, ao menos 1/6 da pena (art. 112 da Lei de Execução Penal); e

c) considerada a garantia da irretroatividade da norma penal mais gravosa, os critérios de progressão de regime estabelecidos na Lei n. 11.464/07 somente se aplicam aos fatos ocorridos a partir do dia 29 de março de 2007 em diante<sup>20</sup>.

Como se vê, a progressão de regime com o cumprimento de 1/6 da pena foi aplicado inclusive aos casos já julgados pelas instâncias ordinárias anteriormente à modificação no entendimento do STF, obedecendo-se, dessa forma, ao inciso XL do artigo 5º da CR/88.

A disposição prevista no inciso XL do artigo 5º da CR/88 refere-se à retroatividade mais benéfica da lei penal, até porque a lei processual entra em vigor em 45 (quarenta e cinco) dias da publicação da lei ou no prazo que ela vier a fixar, sendo suas disposições aplicáveis, inclusive, aos processos em curso, nos termos do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Essa demonstração se fez necessária para demonstrar que o princípio da legalidade em matéria penal tem plena aplicação à matéria julgada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 e nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44 e, finalmente, no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral n. 964.246, visto que houve alteração no momento em que o réu pode vir a iniciar o cumprimento de sua pena de segregação da liberdade, passando do trânsito em julgado para a decisão de 2ª instância.

Como foi demonstrado, e sendo a decisão do STF tratada nessa dissertação atinente à matéria de ordem constitucional, processual e penal, configura-se inofensiva a incidência do princípio da legalidade previsto no

---

<sup>20</sup> Ibidem.

artigo 5º, inciso XXXIX, da CR/88, no artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 1º do Código Penal.

Citamos, por ser oportuna, a lição de Batista:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na Lei. [...] A abrangência do princípio inclui a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir<sup>21</sup>.

Por sua vez, o devido processo legal, com base na lição de Bastos e Martins, “caracteriza-se pela excessiva abrangência e quase se confunde com o Estado de Direito”<sup>22</sup>.

As origens do devido processo legal, sintetizada na Magna Carta do João Sem Terra, de 1215, dispunha, em tradução livre, que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela Lei da Terra.”.

A CR/88 traz, em seu artigo 5º, inciso LIV, a garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se da consagração do devido processo legal em nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras de Nery Júnior, em síntese, o princípio do devido processo legal “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade”<sup>23</sup>, sendo que tudo o que se refere a essas amplas bases pode (e deve) vir a ser protegido pela via do processo.

---

<sup>21</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67-68.

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, p. 261.

<sup>23</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 8. ed., v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

Em razão da amplitude do conceito, a doutrina estrangeira optou por bipartir a análise da mencionada garantia constitucional em *substantive due process of law* e *procedural due process*.

A dimensão substancial do processo legal espalha-se por todos os ramos do Direito na sua feição substancial<sup>24</sup>.

Importante incidência do princípio do *substantive due process* refere-se ao dever do Poder Legislativo de elaborar leis que confortem o interesse público, consubstanciado no princípio da razoabilidade das leis<sup>25</sup>.

Por outro lado, o devido processo legal, em sentido processual, (*procedural due process*) tem significado mais restrito. Seu campo de abrangência reside nas repercussões e incidências do devido processo legal no campo do Direito Processual.

Para Nucci, o devido processo legal com o lado substantivo (material) é afeito ao Direito Penal, e o lado procedimental (processual) é afeito ao processo penal<sup>26</sup>.

Nesse ponto, Nucci adverte:

A ação e o processo penal somente respeitam o de devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos dos acusados para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa juiz natural e imparcial, publicidade, etc.) tornam efetivo e concreto o devido processo legal<sup>27</sup>.

Observa-se que a efetividade do processo não está relacionada à questão temporal apenas, mas à observância dos postulados constitucionais regentes do Direito Penal e do processo penal, na medida em que a

---

<sup>24</sup> idem, p. 110.

<sup>25</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 69.

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70.

*“celeridade na busca pela aplicação do direito ao caso concreto não pode atropelar garantias essenciais”.*<sup>28</sup>

As normas constitucionais, as leis, têm força diretiva, ou seja, visam influenciar condutas humanas. Não é papel da norma *“comunicar verdades teóricas, mas sim dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada”*<sup>29</sup>. Nesse ponto, as regras processuais, aqui falando do processo como procedimento concatenado de atos, existem e são postas à disposição das partes para serem utilizadas, sem que sua utilização possa acarretar o abreviamento da formação da sua culpabilidade.

Entre os principais elementos que sustentam a cláusula do *due process of law*, destacam-se as seguintes prerrogativas:

- (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário);
- (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
- (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;
- (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica);
- (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*;
- (f) direito à igualdade entre as partes;
- (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude;
- (h) direito ao benefício da gratuidade;
- (i) direito à observância do princípio do juiz natural;
- (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação);
- (k) direito à prova; e
- (l) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes<sup>30</sup>.

O devido processo legal garante a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à Justiça, seja para deduzir pretensão, seja para defender-se do modo mais amplo possível,<sup>31</sup> de acordo com os instrumentos previstos na lei e no tempo processual adequado, sob pena de confundir-se o devido processo legal com a balbúrdia processual.

Nesse sentido,

---

<sup>28</sup> Idem, p. 71.

<sup>29</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 31.

<sup>30</sup> HC 94.016. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 27-2-2009.

<sup>31</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 42.



Oportuno dizer que o devido processo legal, com todas as suas garantias, coexiste com a determinação de momentos processuais específicos para a prática de atos específicos; aliás, mais do que coexistir, ele os requer. Assim, não têm os direitos e garantias processuais o condão de desorganizar o processo, dando às partes direitos ilimitados, oportunidades que se protraem no tempo, sem jamais chegarem ao fim<sup>32</sup>.

O devido processo legal em nada se afina com o culto ao formalismo ou com a obediência da forma pela forma, como se fosse essa a razão de existir do processo, mas sim - e esse é ponto - pelo apego e observância do complexo de garantias mínimas, que servem de freio e, principalmente, de escudo ao subjetivismo e ao arbítrio do julgador<sup>33</sup>.

Princípio de igual envergadura aos que foram até então abordados é o princípio da ampla defesa. Para análise da extensão do denominado princípio da ampla defesa, reporta-se às palavras de Grau, para que bem se delimite o referencial que será seguido:

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<sup>34</sup>.

A ampla defesa consiste na garantia de que, querendo, a parte possa dispor de todos os meios postos à sua disposição para exercer influência no processo, estando aí englobadas as garantias processuais.

Dispensar, mitigar, restringir quaisquer das garantias inatas ao processo, longe de torná-lo efetivo, conspurca o direito que o cidadão tem de se defender, aumentando o abismo existente entre o poder e os súditos, o que

---

<sup>32</sup> HC 97.151. Relator: Min. Eros Grau, dec. monocrática, DJE de 10-3-2009.

<sup>33</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69-70.

<sup>34</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

configura, na expressão de Passos, “a mais escancarada antidemocracia que se possa imaginar<sup>35</sup>”.

No bojo da ADPF 144 -STF, Grau fez pontual ponderação acerca do princípio da ampla defesa, entendendo que o Poder Judiciário não poderia se substituir ao Poder Legislativo para estabelecer critérios de avaliação de vida pregressa de candidatos a cargos eletivos, para definir critérios de inelegibilidades não previstas em lei, porque, assim agindo, estaria o STF convertendo o princípio da presunção da inocência no princípio da presunção de culpabilidade. Observe-se que este último não tem previsão constitucional - ao contrário, colide com as disposições constitucionais.<sup>36</sup>

#### 1.4 Princípio da presunção da inocência

O significado da presunção de inocência é amplamente discutido pela doutrina.

Utilizamos, nesta dissertação, o termo presunção de inocência, e não a terminologia presunção de não culpabilidade<sup>37</sup>, que tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente.

Com base na lição de Gomes Filho,<sup>38</sup> temos notícia histórica de que a tensão ideológica entre os valores e inspirações democráticas que albergavam o valor liberdade e o desvalor do ideário autocrático - que se arraigava na *onipotência do Estado* - revelou-se muito marcante na Itália a partir do Século XIX, quando se foram formando três escolas de pensamento em matéria penal.

---

<sup>35</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69-70.

<sup>36</sup> ADPF 144. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035. DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031).

<sup>37</sup> GOMES, Luiz Flavio; MAZZOULI, Valério de Oliveira. **Direito Penal** - Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica, v. 4. Revista dos Tribunais, 2008, p. 85-86.

<sup>38</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12-17.

A Escola Clássica teve expoentes como Carrara e Carmignani<sup>39</sup>, os quais, inspirados em ideais iluministas, defenderam a existência da presunção de inocência.

Já a Escola Positiva, que contou com baluartes como Ferri<sup>40</sup> e Garofalo<sup>41</sup>, preconizava a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas do que refletir o “*espírito do tempo*” (“*Zeitgeist*”) justificando, ao sabor do momento, as *visões e práticas totalitárias de poder*.

Por último, naquele período, cita-se a Escola Técnico-Jurídica, que foi inspirada nas ideias de Carnevale e de Vincenzo Manzini<sup>42</sup>, responsáveis e construtores da formulação da doutrina amplamente prevalecente ao longo do regime totalitário fascista, que defendia não haver sentido nem ser razoável presumir a inocência do réu.

Manzini sustentava como algo “absurdamente *paradoxal e irracional*”<sup>43</sup> o postulado da presunção de inocência, reafirmando que essa foi a doutrina abraçada pelo regime fascista na Itália.

Como último argumento, para amparar a escolha do termo presunção de inocência, estampa-se a lição de Lopes Júnior e Badaró:

O Brasil recepcionou sim a presunção de inocência e, **como presunção, exige uma pré-ocupação** nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro **dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente**<sup>44</sup>. (Grifos no original).

---

<sup>39</sup> ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 73.

<sup>40</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 18.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 96-97.

<sup>42</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I/253-257. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1951, p. 251.

<sup>43</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I/253-257. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1951, p. 253.

<sup>44</sup> JUNIOR, Auri Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique; **Parecer: Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: [http://www.academia.edu/25564572/Parecer\\_Presun%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Inoc%C3%Aancia\\_Do\\_conceito\\_de\\_tr%C3%A2nsito\\_em\\_julgado\\_da\\_senten%C3%A7a\\_penal\\_condenat%C3%B3ria](http://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria). Acesso em: 28 jun. 2017.

O princípio da presunção de inocência é um princípio fundante de um modelo de persecução penal em que se respeitem a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa<sup>45</sup>.

Suas origens estão assentadas no artigo 9<sup>o</sup><sup>46</sup> da *Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos*, editada em 1789.

Em franco avanço dos direitos civilizatórios, o item XI.1<sup>47</sup> da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada e proclamada pela 183<sup>a</sup> Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assegurou, expressamente, o princípio da presunção de inocência.

Como não é esse o objeto principal desta dissertação, não foram citados todos os diplomais legais que consagram o princípio constitucional da presunção de inocência, mas apenas foram analisados os tratados internacionais que contemplam o princípio da presunção de inocência ratificados e incorporados no ordenamento nacional.

O *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, garante, no artigo 14.1<sup>48</sup> a observância do princípio da presunção de inocência sem temperamentos.

No mesmo sentido, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, discutida e aprovada em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, no seu item 8.1<sup>49</sup>, igualmente assegura o direito à presunção de inocência.

---

<sup>45</sup> CHIAVIARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritto Dell'uomo. In: **Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia**. Milano: Giuffrè, 2000, v. 2, p. 76.

<sup>46</sup> Artigo 9<sup>o</sup> - Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela Lei.

<sup>47</sup> XI.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.

<sup>48</sup> Art. 14.2 - Qualquer pessoa acusada de infração penal é, de direito, presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.

<sup>49</sup> Art. 8.1 - Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

O *Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos* foi incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, estando em vigor.

Por seu turno, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, estando, também, em pleno vigor.

Justifica-se a análise dos tratados internacionais em razão de nos filiarmos à corrente que atribui força de norma constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos, quando ingressantes no ordenamento jurídico pátrio, ainda que antes da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Não há razão para diferenciar os tratados que versem sobre direitos humanos ratificados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda que não aprovados pelo quórum qualificado exigido pelo § 3º do art. 5º da CR/88, porque tratam, na matéria de fundo, do mesmo objeto - o direito da pessoa.

Logo, entendemos que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e incorporados ao ordenamento pátrio têm *status* de norma materialmente constitucional, independentemente do rito adotado para sua inserção no ordenamento<sup>50</sup>. Acrescente-se que, se observado o rito previsto no § 3º do art. 5º da CR/88, esses tratados serão, além de materialmente constitucionais, formalmente constitucionais.

Oportuno transcrever a lição de Mazzoulli:

Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posteriormente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo § 3º do art. 5º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à EC 45) o tratado terá *status* de norma constitucional por integrar o núcleo material do bloco de constitucionalidade [...] O tratado ratificado após a EC 45 não perde o status de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5º, § 2º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o quórum qualificado do art. 5º, § 3º, e, a partir dessa aprovação, integrar formalmente o texto

---

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

constitucional brasileiro (caso em que será, para além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional)<sup>51</sup>

O posicionamento de Grinover e Gomes Filho Fernandes é ainda mais elástico quando eles afirmam que devem ser aplicados os tratados que apresentarem uma maior amplitude de garantias: “Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da *Convenção Americana* se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.”<sup>52</sup>

Não há, nesse ponto, um esgrimir entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Muito pelo contrário, o raciocínio acima demonstrado visa conformar as normas do Direito Internacional e do Direito Constitucional, visando sempre à proteção da pessoa, destinatária final da norma.

No mesmo sentido é a lição de Trindade:

É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.<sup>53</sup>

Há o que a doutrina especializada denomina de diálogo das fontes<sup>54</sup>, no qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária, ou seja, harmonizando-se as normas de Direito Constitucional com as de Direito Internacional, e não cindindo-as. O pensamento vigente é relacionado com a harmonia, e não com a cisão - como se fosse possível cindir o próprio sistema do Direito!

No que concerne à jurisprudência, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703, em evidente evolução jurisprudencial sobre a

---

<sup>51</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014, p. 198.

<sup>52</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.

<sup>53</sup> TRINDADE, Antônio Augusto C. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014, p. 184.

<sup>54</sup> JAYME, Erick apud MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

garantia dos direitos humanos, fixou que as normas que versem sobre direitos humanos terão *status* de norma supralegal, estando localizadas acima da legislação interna infraconstitucional, mas abaixo das normas de índole constitucional. Com base nesse raciocínio, ficou consolidado o entendimento de que é inaplicável legislação infraconstitucional se for conflitante com o tratado que verse sobre direitos humanos, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Estampa-se a ementa do v. acórdão:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que

perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.<sup>55</sup>

No recurso extraordinário paradigmático acima colacionado, percebe-se a guinada do STF em defesa dos direitos humanos, na forma da consagração do princípio constitucional da presunção de inocência.

Apesar de não ser acolhida pela maioria dos ministros que integravam o STF na época do julgamento a tese de que tratados que dispusessem sobre normas relativas a direitos humanos tinham *status* constitucional, houve um significativo avanço jurisprudencial, o qual, contudo, não pacificou, ao menos doutrinariamente, a discussão sobre se normas que versem sobre direitos humanos têm *status* de norma constitucional tal como se defende aqui, ou se têm *status* de norma supralegal, ficando, pois, afastada, ao menos, a tese de que tratados que versem sobre direitos humanos têm hierarquia de leis ordinárias.

A lição de Piovesan mostra-se esclarecedora:

O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.<sup>56</sup>

A incursão na área do Direito Internacional se impôs para que se pudesse demonstrar que o princípio da presunção de inocência não está apenas previsto formalmente no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, mas também materialmente e com força de norma igualmente constitucional, em razão da

---

<sup>55</sup> RE 349703. Relator: Min. CARLOS BRITTO, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.



incorporação, no ordenamento jurídico pátrio, do *Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos*<sup>57</sup> e da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>58</sup>, tendo em vista que, como já salientado alhures, filio-me à corrente que entende que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos têm envergadura de norma constitucional.

O *plus* da garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88 consiste na exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para que se perca o *status* de inocente. Esse ponto será aprofundado no segundo capítulo deste estudo.

A “presunção de inocência” também pode ser vista como vetor interpretativo - como regra de julgamento<sup>59</sup> - utilizável em casos em que se verifique dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo.

Nesta acepção, a presunção de inocência coaduna-se como vertente de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ou presumivelmente culpado. Sob esse enfoque, o princípio da presunção de inocência impede a concretização de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal<sup>60</sup>.

Com a propositura da ação penal, o órgão acusatório atrai para si o dever de produzir provas que arrimem o quanto ele alega, devendo evidenciar ao magistrado os elementos que lhe permitam inverter o estado de inocência do réu para que se declare sua culpa e, assim, se lhe aplique a sanção devida, demonstrando a verdade processual das alegações contidas na denúncia<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

<sup>58</sup> Incorporada ao ordenamento jurídico Brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

<sup>59</sup> JUNIOR, Auri Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer:** Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: [http://www.academia.edu/25564572/Parecer\\_Presun%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Inoc%C3%Aancia\\_Do\\_conceito\\_de\\_tr%C3%A2nsito\\_em\\_julgado\\_da\\_senten%C3%A7a\\_penal\\_condenat%C3%B3ria](http://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria). Acesso em: 28 jun. 2017.

<sup>60</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70.

A prova da culpa no processo penal deve ser cristalina, inteira, não se admitindo, ao menos se respeitados os princípios constitucionais diretivos do processo, a condenação com base em alegações ou provas conjecturais.

Quando o Ministério afirma, no âmbito da ação penal, que alguém é culpado, e pede sua condenação, automaticamente assume o ônus de provar que o réu cometeu os crimes que lhe são imputados pela denúncia.<sup>62</sup>

Por outro lado, o acusado está dispensado de qualquer postura ativa na produção da prova, porque é presumivelmente inocente até que se prove culpado (e essa prova é do órgão acusatório).

A lição de Pardo condensa essa interpretação:

*El acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que puede permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas que acreditem su inocencia, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio del derecho que le asiste de harcelo.*<sup>63</sup>

A regra de julgamento de que, existindo dúvida sobre a culpabilidade do réu, ele deve ser absolvido, é melhor compreendida quando analisada a sua estrutura, sobre os ônus probatórios das partes e a posição que essas ocupam no processo penal.

A prova da culpabilidade cabe à acusação porque o réu é presumivelmente inocente por força da norma insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88 e pelas regras dispostas no *Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos*, incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 e na *Convenção Americana de Direitos Humanos*, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, até que a acusação, por meio de provas, convença o juiz de que o réu é culpado. Não convencendo, permanece o *status* de inocente, o qual, repita-se, não lhe foi retirado pela denúncia; e, segundo entendemos, permanecerá até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>62</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.

<sup>63</sup> PARDO, Miguel Ángel Montañes. **Presunción de inocencia**. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona, 1999, p. 42.

A prova da inocência não cabe ao acusado, até porque não há no processo penal, diferentemente do processo civil, um meio de fazer com o que o Ministério Público sucumba caso não prove a culpabilidade do réu, visto que não há paridade nem reciprocidade entre os dois polos. A única tarefa do acusado, no processo penal, é exercer seu direito de defesa frente ao poder punitivo estatal<sup>64</sup>.

### 1.5 Princípios constitucionais: aplicação e referencial teórico adotado

Inicialmente, importa pontuar que se utilizará como referencial teórico para o raciocínio a ser desenvolvido o pensamento de Eros Grau exposto no livro *Por que tenho medo dos juízes*<sup>65</sup>.

Faz-se oportuno estampar pensamento condensado de Grau, no qual ele afirma categoricamente que princípios são um tipo de regra de Direito que não permite que, com base em sentidos de justiça, se proclame a decisão final como se somente princípios compusessem o sistema jurídico:

Instalou-se um grande debate: princípio é norma jurídica? Passamos a matraquear a afirmação de que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, sem nos damos conta de que, sendo assim, princípio não é norma...

Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam - fazem-no cotidianamente - os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.

Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios - isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor - a segurança jurídica estará sendo despedaçada!

A esta altura, desejo observar que princípio é um tipo de regra de direito. A afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> SABATINI, Giuseppe. **Sull'onere dela prova nel processo penale**. La giustizia penale. III, 406, 1952, apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo, Revista do Tribunais, 2003, p. 233.

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Os anseios de justiça, conclamados pela sociedade e amplificados pela imprensa não justificam a inobservância da legalidade e do procedimento legal<sup>67</sup>, não apenas porque se impõe aos construtores do Direito que observem o sistema, mas também e, principalmente, porque inexistente a justiça ou a injustiça na decisão<sup>68</sup>. O que há é correlação do sentido das palavras ao momento histórico de determinada sociedade, sendo maleável sua significação.

Há - e não se pode afastar dessa premissa - uma vinculação do juiz ao texto normativo, não podendo ele, mesmo em caso de lacunas (situação que não se verifica) produzir normas de decisão livremente, ao seu talante, ao seu sabor de justiça.

O juiz está obrigado a produzir juízos de legalidade, não havendo campo de discricionariedade, juízo de oportunidade para escolher o que entende como o melhor a ser decidido para ele, para a sociedade ou para quem quer que seja<sup>69</sup>. Ao fazer o juízo de legalidade, o juiz também exerce sua liberdade de livremente pensar, mas os limites da liberdade do pensamento, na aplicação da norma, “são livres na moldura da legalidade”<sup>70</sup>.

Grau sintetiza a inexistência de hierarquização entre princípios e regras: “Nada distingue os princípios das regras de direito. Regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e a regras *stricto sensu*”<sup>71</sup>.

Para a identificação de um princípio, deve-se investigar a disposição normativa com um maior grau de generalidade e na sua proximidade com os valores<sup>72</sup> ou não.

---

<sup>66</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 24.

<sup>67</sup> Idem, p. 19.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Idem. p. 92.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Idem, p. 106.

<sup>72</sup> Idem, p. 106.

A chamada ponderação de princípios é, com base no referencial teórico que se adota, um fundamento cientificamente não sustentável, que abre a possibilidade de realizar julgamentos com base em sentidos de justiça do julgador.

Grau bem delimita esse ponto, e dada sua relevância para o desenrolar da dissertação, colaciona-se na íntegra:

Os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos e oposições entre normas. A superposição entre regra e norma, de um lado, e princípio, de outro, só pode resultar de uma contestação do positivismo à moda de Dworkin, de incompreensão ou do desiderato de confundir.

A tensão entre regras é própria ao sistema jurídico. Sempre, desde sempre, tendo sido assim. O que torna complexa a compressão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena (ele é abstrato e geral), na qual não cabem exceções<sup>73</sup>.

A colisão de princípios, quando resolvidas pelos famosos juízos de ponderação, apartam-se de todo positivismo e desprezam o direito como sistema de regras.

Canotilho trata da harmonização dos princípios, vedando-se, de todo modo, ao intérprete o esvaziamento completo de um princípio para total observância do outro<sup>74</sup>.

Quando se realiza a ponderação de princípios, o juiz realiza uma dupla discricionariedade. O primeiro passo na realização dessa ponderação, com o qual não se concorda, consiste em estabelecer uma importância, um peso ético-político maior que o atribuído a outro<sup>75</sup>. Todavia, essa hierarquização de importância é móvel, mutável, podendo valer para uma série de casos, mas não sendo aplicável a outros; ou seja, pela ponderação de princípios jamais se alcançará um juízo definitivo porque cada solução valerá

---

<sup>73</sup> Idem, p. 115.

<sup>74</sup> Canotilho, Joaquim José. **Direito Constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 628 e 630.

<sup>75</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 118.

apenas para uma só controvérsia particular, já que é imprevisível qual seria essa ponderação para controvérsias futuras<sup>76</sup>.

Em crítica ácida à técnica de ponderação de princípios, hoje tão disseminada no seio do STF, Grau assim expõe seu pensamento:

Juízes, especialmente juízes constitucionais, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente.

A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões – em uma espécie de “voo cego”, na expressão de Rüthers [2005;233]. Essas escolhas são perigosas em ambos os casos. No primeiro, porque a posição jurídico-teórica pode não ser a nossa. No segundo, porque se transformam esses juízes em instrumentos dos detentores do poder. Trata-se sempre, não obstante, de escolhas submetidas a reflexões dramáticas<sup>77</sup>.

A discricionariedade da interpretação da norma não pode descambar para arbitrariedade,<sup>78</sup> sob pena de, rompendo os limites processuais e substanciais do Direito, converter o juízo de discricionariedade num flanco aberto para os mais férteis pensamentos do julgador.

A construção do raciocínio, no desenvolvimento da presente dissertação, seguirá os ensinamentos de Grau.

---

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Idem, p. 119.

<sup>78</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 164.

## **CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

### **2.1 A construção da interpretação do princípio constitucional da inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Demorou mais de 20 (vinte anos) da promulgação da CR/88 para que o STF começasse a aplicar o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal como escrito no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88.

A jurisprudência do STF caminhava no sentido oposto, o de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

Para efeito de ilustrar o entendimento que prevalecia até o julgamento do Habeas Corpus n. 84.078, citamos, entre muitos outros, os seguintes precedentes: HC 71.723. Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814. Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174. Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846. Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024. Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675. Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007. E este último estampa a ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.

(HC n. 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218)

Esse entendimento, a nosso ver, interpretava a Constituição com base no disposto em lei infraconstitucional - o CPP, uma vez que privilegiava os efeitos recursais em detrimento do disposto na CR/88.

O emblemático julgamento em que ocorrera a guinada no posicionamento do STF, importantíssimo sob o ponto de vista de transformação civilizatória, concretizou-se no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078. Nesse julgamento, por maioria de votos - precisamente, por 7 votos a 4 -, o STF elevou o princípio da presunção de inocência ao seu pedestal de direito, passando a entender que a condenação criminal só pode ser iniciada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como explicitamente está escrito no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88.

Colaciona-se trecho da ementa do que, naquela oportunidade, ficou decidido pelo Pretório Excelso:

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 delinquente". 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 subsequentes 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. [...] 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<sup>79</sup>.

Em trecho do voto do mencionado habeas corpus, o Ministro Relator Eros Grau explicitou, de forma candente, que somente *desafetos da Constituição* poderiam dar outra interpretação ao artigo 5º, inciso LVII, da CR/88 distinta desta, de que somente com sentença penal transitada em julgado a sentença penal pode começar a ser cumprida:

Aliás, a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado - e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena - anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um *desafeto da Constituição* admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

<sup>80</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

Não foram poupadas críticas ao movimento expansionista e repressivo penal, que se vinham avolumando sob a grita da sociedade. Veja-se:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas - a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integrasse ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos<sup>81</sup>.

Naquela oportunidade, o STF entendeu que não era o caso de se curvar aos clamores da sociedade, à pretensa efetividade processual, e, com isso, acabar com sensação de impunidade, mas sim, sobretudo, de aplicar os ditames constitucionais do modo em que foram grafados, sem arroubos interpretativos nem ousando criar direito que não fora criado.

## **2.2 O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44 e do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, todos pelo Supremo Tribunal Federal, e os fundamentos da pretensa efetividade processual**

Em 17 de fevereiro de 2016, o STF julgou o Habeas Corpus n. 126.292 e, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), passou a entender que é cabível o

---

<sup>81</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

início do cumprimento da pena criminal a partir da decisão de 2ª instância, seja ela confirmatória ou modificatória da sentença de 1ª instância.

Colaciona-se a ementa do julgado:

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<sup>82</sup>.

A decisão prolatada no sobredito habeas corpus só produziu efeitos entre as partes e não vinculou o entendimento dos demais ministros; entre eles citamos o Ministro Celso de Mello, o qual, mesmo após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, deferiu, em 1º de julho de 2016, liminar no Habeas Corpus n. 135.100<sup>83</sup>, para fazer prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência, mesmo conhecendo o entendimento da maioria dos ministros do STF, sufragada no Habeas Corpus n. 126.292.

No mesmo sentido foram julgadas as Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN. Foi então reafirmado o entendimento de que a situação do édito penal condenatório, ainda que prolatado na 2ª instância e pendente de recurso, é o quanto basta para iniciar o cumprimento da sanção penal e, assim, encarcerar o réu.

Após o voto do relator com acolhimento da Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, o julgamento foi suspenso. Em 5 de outubro de 2016 o Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo

---

<sup>82</sup> HC 126292. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

<sup>83</sup> HC 135100 MC. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 1º/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016.

Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, o Ministro Dias Toffoli; e manteve o entendimento sufragado no Habeas Corpus n. 126.292.

Como o relator, Ministro Marco Aurélio, ficou vencido, o acórdão aguarda redação final no gabinete do Ministro Edson Fachin desde o dia 28 de junho de 2017<sup>84</sup>.

Mas como se trata de Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade, não foi alcançado o fim que se buscava, qual seja, o efeito vinculante, fato que liberava os ministros que ficaram vencidos quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 a seguirem interpretando o princípio constitucional de presunção de inocência tal como está escrito na CR/88.

A inexistência de efeito vinculante em Medidas Cautelares de Ações Diretas de Constitucionalidade foi ponto que mereceu análise por parte do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246 - que teve como relator o Ministro Teori Zavascki -, sendo oportuna a transcrição literal do que ficou assentado na oportunidade:

Não reconheço, contudo, que esse entendimento constitua expressão de diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, pois, a tal respeito, somente há uma decisão proferida em “habeas corpus ” (HC n.126.292/SP) e duas outras, sem efeito vinculante, proferidas, em sede meramente cautelar, em ações declaratórias de constitucionalidade (ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF)<sup>85</sup>.

A corrente então vencedora, que reinterpreto a Constituição para entender que a decisão condenatória de 2ª instância já bastava para a prisão do condenado, de alguma forma precisava atribuir efeito vinculante à decisão. E assim, foi colocada em julgamento virtual a questão: se a matéria tratada no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246 - de relatoria do Ministro Teori Zavasck -, tinha ou não repercussão geral. E, por escassa maioria, foi reconhecida a repercussão geral.

Veja-se a ementa:

---

<sup>84</sup> Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>.

<sup>85</sup> ARE 964246 RG. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016.

Ementa: 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<sup>86</sup>.

Diante desse cenário, analisamos os votos prolatados no Habeas Corpus n. 126.292 e no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, ante a inexistência de acórdão redigido nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN -, ao menos no momento em que era escrita esta dissertação.

A análise demonstrou que a modificação no entendimento do STF foi movida, principalmente, pelo argumento de que a sensação de impunidade gerada na sociedade tem como uma de suas principais raízes a inefetividade do processo penal, em razão do grande número de recursos postos à disposição dos réus pelo ordenamento jurídico - lei.

Para confirmar o que foi dito acima, cita-se trecho do voto prolatado pelo Ministro Teori Zavascki, relator do Habeas Corpus n. 126.292, no STF:

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória

[...]

---

<sup>86</sup> ARE 964246 RG. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016.

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.<sup>87</sup>

No voto prolatado no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, idêntico argumento é exposto, razão pela qual se reputa desnecessário reestampá-lo.

No trecho acima exposto, vê-se que o relator demonstra que um dos fundamentos utilizados para defender o cumprimento da sentença penal com a prolação de acórdão em 2º grau de jurisdição, independentemente do trânsito em julgado, é a interposição de recursos das mais variadas espécies (mas previstos no ordenamento em observância ao princípio da taxatividade) visando à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, acrescenta-se também previstas em lei.

Com maior clareza: a crítica do prolator do voto reside, sobretudo, no sistema processual penal, com o qual ele não concorda, mas não lhe cabe mudar, porque é juiz, não legislador. De todo modo, as críticas pontuais e estruturais a esse pensamento serão realizadas no Terceiro Capítulo desta dissertação.

Noutra passagem, fica evidente que o ministro relator se utilizou de fundamentos infraconstitucionais fatiados (efeitos do recurso extraordinário e especial) para interpretar a Constituição, e não o contrário, como é defendido pela unanimidade da doutrina especializada e pelo próprio STF:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção

---

<sup>87</sup> HC 126292. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.<sup>88</sup>

Prosseguindo, o Ministro Edson Fachin também faz críticas ao sistema recursal para amparar as razões que sustentam seu entendimento, no sentido de que o cumprimento da sentença penal condenatória pode ser iniciado com a decisão de 2ª instância, inclusive, sendo a pena segregativa da liberdade. Vejamos:

Sabemos todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.<sup>89</sup>

As críticas pontuais a esse entendimento serão realizadas no Terceiro Capítulo desta dissertação. Neste capítulo, nos atemos a expor que muitos dos fundamentos adotados pelo STF para permitir o início do cumprimento da pena foram apegados à razão de que grande gama de recursos postos à disposição do réu impede o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em prazo razoável, fator que descredencia a efetividade processual.

O Ministro Barroso, tanto no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 como no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246 também votou pela possibilidade do início do cumprimento da sanção penal com a prolação do édito condenatório em 2ª instância.

Como se verá logo adiante, três principais razões foram invocadas para defender a mutação constitucional daquilo que vinha sendo entendido pelo STF a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078<sup>90</sup>, no qual se formou a maioria para entender que somente com o trânsito em julgado da

---

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

sentença penal condenatória poderia iniciar-se o cumprimento da pena. São elas:

a) a interpretação literal do artigo 5º, inciso LXVII, da CR/88 consubstancia-se em mecanismo posto à disposição do réu para interposição de infundáveis recursos, procrastinando, assim, a ocorrência do trânsito em julgado;

b) impulsionou-se a seletividade do sistema penal, porque réus abastados e que tinham condições de pagar bons advogados para defendê-los em sucessivos recursos retardam a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao passo que réus menos abastados não possuem condições financeiras que lhes permitam arcar com os custos com advogados que se interessem em levar o caso até as instâncias extraordinárias.

c) o entendimento sufragado no Habeas Corpus nº 84.078, no qual se formou a maioria para entender que somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória poderia iniciar-se o cumprimento da pena, prestou-se, “significativamente, para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, além de conduzir à prescrição da pretensão punitiva, produzindo deletéria sensação de impunidade e desmoralizando o sistema de Justiça.

Os fundamentos citados nos itens “a” e “c” serão analisados no Capítulo 3 desta dissertação. Por seu turno, o fundamento esposado no item “b” não será objeto de análise porque foge aos seus objetivos na medida em que se trata de fundamento muito mais relacionado com a crença do julgador do que com a busca de efetividade processual, tema objeto da correlação com a decisão do STF.

Defendendo que direito e ideologia se amalgamam, Grecco sustenta que se explicita que a ideologia integra determinantemente o debate jurídico; e que não fique disfarçada, pretensamente, sob argumentos de legalidade ou de segurança<sup>91</sup>. Nesse ponto, obter-se-ia maior legitimidade no julgamento e também no argumento.

---

<sup>91</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.



Faz-se oportuno destacar trecho do voto do Ministro Barroso, no qual, utilizando-se da pretensa técnica de ponderação de princípios, ele afirma que, com base no princípio da proporcionalidade, deve-se sacrificar o “princípio da não culpabilidade” frente à proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça.

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*<sup>92</sup>. [...]

*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal. [...]*

*o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário*<sup>93</sup>.

Encaminhando-se à conclusão do seu voto, o Ministro Barroso, defendendo a credibilidade do Poder Judiciário, a quebra do “paradigma de impunidade” e a efetividade do sistema processual penal em detrimento do esvaziamento parcial do princípio constitucional da presunção de inocência, assim pontuou:

Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição

---

<sup>92</sup> HC 126292. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

<sup>93</sup> Trecho do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus n. 126292 - STF.

dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior - e não menor - efetividade ao sistema processual penal<sup>94</sup>.

Prosseguindo no julgamento, no bojo do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Habeas Corpus n. 126.292, citando Patrícia Perrone Campos Mello, assim ele consignou:

[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Os votos condutores da alteração jurisprudencial fundamentaram-se na premissa de que a grande quantidade de recursos previstos no sistema processual penal procrastina o fim do processo, gerando nele uma (in)efetividade que não acaba e que dissemina na sociedade uma sensação de impunidade.

Com base nas premissas adotadas no julgamento, corre-se o risco, como mais adiante será tratado, de

Tanto os juristas como as pessoas comuns que se interessam, cada dia mais, pelo processo penal, precisam ser conscientizadas da necessidade de seu aperfeiçoamento para não o confundirem com um espetáculo qualquer ao qual vão assistir em busca de emoções.”<sup>95</sup>

A tão propalada técnica de ponderação dos princípios, raiz de situações de “absoluta insegurança, incerteza”<sup>96</sup> será criticada no capítulo seguinte.

---

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. In: **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 4. ed. revista, 2014, p. 12-13.

<sup>96</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 25.

## CAPÍTULO 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO POLÍTICA.

### 3.1 Contornos teóricos para a atividade do julgador

No julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, como foi demonstrado no capítulo anterior, não foram poupados argumentos para a mudança da orientação jurisprudencial sustentados na efetividade do processo como meio de restauração da crença da eficácia social da sanção penal, e, assim, desfazer o sentimento de impunidade que grassa na sociedade ante o clamor popular pela restauração da credibilidade do Poder Judiciário.

A lição de Grau no livro *Por que tenho medo dos juízes*, como já foi alertado alhures, servirá de norte para a análise da decisão tomada pelo STF no Habeas Corpus - STF n. 126.292 e no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral, n. 964.246, de modo a demonstrar que não fica ao arbítrio do julgador decidir de acordo com o seu senso de justiça, calcado na formulação de juízos de valor; e de tampouco atender aos reclamos da sociedade, de modo a deixá-la mais ou menos satisfeita.

A atividade do julgador, apesar de ampla, está vinculada à norma, e não apenas aos anseios da sociedade ou ao seu pessoal senso de justiça, sobretudo quando a norma não permite que se abram leques interpretativos que com ela colidam.

Com isso, não se está contrapondo à lição de Hesse, de que a Constituição deve harmonizar-se com as “*forças espontâneas e com as tendências da realidade e em coordenar essas forças para seu próprio desenvolvimento*”<sup>97</sup>. A atualização da Constituição, ocorrida por força das mutações constitucionais, é necessária, e isso não se nega nesta dissertação, visto que “*a Constituição, como toda ordem jurídica, precisa atualizar-se pela atividade humana; sua força normatizadora depende da disposição para*

---

<sup>97</sup> HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

*considerar vinculantes os seus conteúdos e da decisão de realizar esses conteúdos, inclusive contra eventuais resistências [...]”<sup>98</sup>.*

Também não se olvida que o tribunal não se deve enfeixar-se numa redoma - enclausurando-se numa redoma à prova da voz da sociedade e blindado por uma cegueira completa, como se só ele fosse o senhor da razão por lhe ter sido conferido, constitucionalmente, o direito e o dever de dizer a última palavra acerca da interpretação constitucional.

Há, sim, que olhar para a vontade popular na construção do processo decisório, até porque a Constituição é processo de interpretação aberto e democrático<sup>99</sup>, o que não pode (ou não poderia) levar a Corte Constitucional a julgar mensurando se a decisão agrada ou desagrade a opinião pública, com vistas a fortalecer-se e a legitimar-se perante a sociedade, sobretudo em momentos de crise institucional, como presente de forma marcante no momento em que se redige esta dissertação.

Esta é a lição de Wambier:

Os objetivos da aplicação do princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, são os de gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, que gera segurança. E esses objetivos, hoje se entende, são alcançados tanto com a vinculação à lei de forma absoluta, à lei e só à lei, quanto com a vinculação à lei no sentido de vinculação ao sistema. Explicando melhor: a vinculação é à lei, mas a lei vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência. Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos. A lei somada à jurisprudência e à doutrina é que dão os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é entendida e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir<sup>100</sup>.

Com Grau, delimita-se que a pretensão de substituição do Direito pela ética (qual ética?), significa “*derrogar as instituições do Estado de Direito*

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 55.

<sup>100</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e Sentença**. 4. ed. São Paulo: RT. 1997, p. 327-328.

*em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem com lealdade canina...*<sup>101</sup>. A não substituição do direito pela ética não o torna aético, mas, sobretudo, faz com que a ética a ser observada seja a ética da legalidade<sup>102</sup>.

Como foi ressaltado por Grau em seu voto prolatado na ADPF 144, a ética é conceito vago e indeterminado, sendo, pois, de rigor a observância da ética da legalidade, única apta a promover a segurança nas relações jurídicas.

A ética, do ponto de vista formal, é um conjunto de postulados vazios e indeterminados; vale dizer, é abstrata. Sua efetividade, sua concretude provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que um determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade.

Muitos grupos, muitas éticas – isto é, díspares manifestações desta última no concreto. Um desses grupos é a sociedade civil, o mais amplo deles. Entre nós, no nosso tempo, a ética adotada para reger as relações reguladas pelo chamado direito moderno é a ética de legalidade<sup>103</sup>.

A ética da legalidade é simples: seguir o que está positivado no sistema, sem espaço para devaneios nem inclinações aos seus intrínsecos sentidos de justiça.

### 3.2 O Poder Político do Supremo Tribunal Federal - Algumas Reflexões

A jurisdição constitucional, exercida no Brasil pelo STF, apesar de sua função não ser restrita ao âmbito jurídico, mas ser também essencialmente política<sup>104</sup> não significa “que as decisões sejam formalmente jurídicas e materialmente políticas”<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 20.

<sup>102</sup> Ibidem.

<sup>103</sup> ADPF 144. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031.

<sup>104</sup> BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 216.

<sup>105</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 462.

O STF, ao julgar, deve, como foi dito, balizar-se pelo critério jurídico, utilizando-se as regras de interpretação jurídica. Em que pesem os aspectos e quadrantes políticos com os quais se depara a Corte Constitucional, a decisão deve ser jurídica<sup>106</sup>, com a observância dos métodos e critérios de julgamento<sup>107</sup>, não estando incluídos nesses métodos e critérios o seu senso particular de justiça<sup>108</sup>.

Sobre esse ponto, a análise de Tavares merece reprodução:

Assim, mesmo que na motivação da decisão ingressem elementos extrajurídicos, certo *quantum* político – o que é inevitável, especialmente se considerado o termo em sua acepção mais lata, incluindo a liberdade de interpretação - ainda assim estar-se-á perante uma decisão jurídica, porque assumida nos moldes judiciais. O que vai diferenciar a atuação da Justiça Constitucional de outras atividades de cunho meramente político é justamente a forma judicial<sup>109</sup>.

O ponto nodal repousa nos limites da influência política na decisão, que deve ser jurídica, repete-se, assim como em quais são os limites da mutação constitucional, na medida em que é vedado ao STF apartar-se do ordenamento jurídico vigente para criar, com ampla liberdade, algo que não existe.

A interpretação da norma é o primeiro passo para sua aplicação; e no momento da concretização da norma interpretada (julgamento), o tribunal promove a criação do direito. Quando assim o faz, considera-se esta como atividade política, “*porque gera normas políticas e integra o quadro normativo do Estado de Direito*”<sup>110</sup>, mas com limites encontrados no próprio ordenamento.

Novamente, pela precisão, estampa-se, a lição de Tavares:

Ao Tribunal Constitucional foi cometida a missão de fazer aflorar e, conseqüentemente, impor a filosofia política da Constituição. Teoricamente, essas linhas político-ideológicas jazem “abertas” na Constituição. E, provavelmente, nunca se chegará a um consenso

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. El derecho constitucional como derecho. *Revista de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1983, p. 465.

<sup>108</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p 21.

<sup>109</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 466.

<sup>110</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998, p. 165.

absoluto sobre o conteúdo, extensão, implicações, preponderância e eficácia dos princípios presentes numa determinada Constituição. Daí a necessidade de um Tribunal que bem desempenhe esse papel, colocando em termos objetivos, devidamente fundamentados e apoiados na concepção vigente na Constituição, os valores abraçados na solução daqueles **casos em que caiba certa dose de discricionariedade relevante por parte do Poder Judiciário**. Não se deixa de reconhecer que, por outro lado, é a própria Constituição enquanto tal, e também por suas linhas principiológicas que alberga, que impõe o reconhecimento da atividade do Tribunal Constitucional como política, nos estritos termos acima delineados.<sup>111</sup> Original sem grifos

Importantíssima a menção “daqueles casos em que caiba certa dose de discricionariedade relevante do Poder Judiciário”, o que, certamente, não engloba reescrever o comando constitucional ao talante ideológico do julgador, sob pena de se imiscuir na seara própria do Poder Legislativo e transformar-se “*numa réplica ilegítima do Parlamento*”<sup>112</sup>.

A legitimidade do Poder Judiciário não decorre diretamente das urnas. Os membros do STF, tribunal que interessa à análise em curso neste estudo, são indicados pelo presidente.

O modelo brasileiro dos ministros da Suprema Corte é inspirado no sistema norte-americano. Dessa forma, para que uma pessoa ocupe o cargo de ministro, é necessária a indicação do presidente da República, não havendo um prazo definido para isso. Após esse procedimento, o candidato ao cargo deve passar por uma sabatina pelos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal para que, se aprovado, tome posse.

O artigo 101 da CR/88 dispõe que o STF se compõe de onze ministros, escolhidos entre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Os requisitos objetivos, são, pois, ter mais de 35 anos e menos de 65 anos no momento da posse. Por outro lado, deve-se avaliar também os requisitos substantivos consistentes no notável saber jurídico e na reputação ilibada. Notável saber jurídico é um conceito aberto, mas tem significado e

---

<sup>111</sup> Idem, p. 61-62.

<sup>112</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra, p. 884.

conteúdo próprios, podendo, pois, ser aferido matematicamente, com base em critérios lógicos de demonstração. Noutra aspecto, reputação ilibada consiste em aferir como o postulante a ministro se comportou ao longo da sua vida pública e privada.

Sinteticamente, esse é o modelo constitucional para indicação de ministro para o STF, como também são essas as condições para que seja ele *elegível* ao cargo.

Vê-se, pois, que os ministros do STF não foram eleitos pelas urnas para integrarem a Corte, mas sim nomeados pelo presidente da República.

Esse ponto não deslegitima a atuação dos ministros do STF, visto que, como já foi sustentado, a função desse tribunal é assegurar que a vontade do povo, expressada pelos representantes democraticamente eleitos, sejam cumpridas, principalmente quando ele atua como guardião do direito das minorias.

Em 1981, portanto, na vigência da Constituição Federal de 1967, com a emenda de 1969, Vilanova já sustentava que os poderes do STF não ficariam adstritos à interpretação e à aplicação da norma, mantendo margem de discricionariedade, uma vez que não estão amarrados apenas à literalidade da norma, mas também às consequências de sua aplicação<sup>113</sup>.

Vilanova, fazendo uma retrospectiva histórica do momento turbulento da República, com idas e vindas da autocracia para a democracia e vice-versa, reconheceu a legitimidade democrática das decisões do STF e seu papel ativo nas soluções dos problemas que afligem a República, pontuando seu pensamento da seguinte forma:

Mas, de tudo o que se pode expor, o certo é que governos legais têm sido depostos, outros postos e regularmente substituídos, entrepondo-se aqui e ali governos de fato, oriundos de comoções revolucionárias; que o Congresso tem tido, em sua já longa história, os intertempos de cessação extraconstitucional; que as Constituições mesmas, todas elas rígidas e munidas do enérgico propósito de duração, têm sido infixas, suspensas em estados de necessidade (para que o Estado e a nação sobrevivam), ou, então, destruídas definitivamente em sua inteireza de estatutos do poder. O Supremo

---

<sup>113</sup> VILANOVA, Lourival. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, ano XIV, jan./jun. 1981, nºs 57/58, p. 47.



Tribunal Federal, esse tem sobrevivido: não sem comprometimento com a crise, que é contextual, circundando-o, fazendo-o partícipe e não apenas espectador.

Mas tem sobrevivido intacto em seus lineamentos básicos. Tem sido um ponto firme ante na turbulência que é ingênita a todo processo político-revolucionário: de algum modo, tem permitido que a revolução se faça também como evolução, como transformação, tudo mediante esse instrumento que manipula de ofício; a norma de direito – interpretando-a, integrando-a, para, com maior grau de correspondência com a realidade social, convertê-la em técnica de controle social e em técnica de mudança social<sup>114</sup>.

Nesse sentido a lição de Sarmiento e Souza Neto:

E não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas.<sup>115</sup>

Demarque-se, nesse contexto, que não se questiona a legitimidade democrática do STF em razão da forma de escolha de seus ministros, na medida em que se comunga do posicionamento doutrinário de que não apenas os membros eleitos pela maioria encaram a democracia, mas também aqueles - e aí estamos falando do Poder Judiciário -, que têm sua investidura não pelo voto, mas constitucionalmente prevista.

Caso contrário, ter-se-ia que admitir a situação absurda de que, por serem os parlamentares eleitos pela maioria, a vontade do parlamento, ainda que contrária à Constituição, prevaleceria em razão de sua pretensa legitimidade democrática de momento.

De todo modo, importa reconhecer um *déficit* democrático<sup>116</sup> em razão da ausência da participação popular direta na escolha dos membros do Poder Judiciário.

---

<sup>114</sup> Idem, p. 53/54.

<sup>115</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

<sup>116</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. In: *Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política*. *Revista de Direito da GV* n. 15, p. 50.

Agradar ou desagradar os anseios populares não nos parece ser missão desse poder; tampouco nos parece que o Poder Judiciário detenha legitimidade para assim agir, até porque, quando se agrada a alguns, também se desagrada a outros. É por isso que o crivo das urnas é importante e necessário para a manutenção ou a mudança da política; e por esse crivo não passam os membros do Poder Judiciário.

Ao STF cabe a guarda da Constituição Federal, e essa guarda deve realizar-se de forma redobrada, justamente em momentos de desvarios coletivos, nos quais a sociedade, massacrada de informações que desilustram e chafurdam a classe política e a classe empresarial, clama por justiça - qualquer justiça -, seja lá o que justiça queira dizer.

As advertências de Grau passaram ao largo dos superpoderes que se irrogaram os ministros do STF para reescreverem a Constituição, calçados numa pretensa - e sempre repetida - legitimidade que não emana da vontade do povo que eles se arrogam representar.

É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que, irremediavelmente, nos conduz ao *"olho por olho, dente por dente"*. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos<sup>117</sup>.

Ponto que carecerá de maior reflexão em futuro estudo reside na contingência ou não da responsabilização política por decisões políticas, pretensamente embasadas em argumentos jurídicos, que ameacem a existência do Estado Democrático de Direito. Este aspecto, dada a sua abertura, certamente, merecerá estudo individualizado.

### **3.3 Mutação Constitucional: considerações**

---

<sup>117</sup> HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

A Constituição Federal de 1988, ao menos no plano acadêmico - tem como uma de suas características marcantes a estabilidade de seu texto, o que não se confunde com imutabilidade<sup>118</sup>.

Os textos de Direito não “veiculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo<sup>119</sup>”. O Direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele<sup>120</sup>.

A estabilidade, principalmente dos princípios estruturantes<sup>121</sup> da Constituição, são condições inegociáveis para que se mantenha a sua força normativa. Ao ser reinterpretada ao sabor do momento, a Constituição deixa de “*ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas*”.<sup>122</sup>

A mutação constitucional, consistente na reinterpretação do texto constitucional sem a modificação redacional (reforma) não é ilimitada, mas sim limitada pelo próprio texto que se interpreta, ainda mais quando estamos a tratar de constituições analíticas, como, evidentemente, o é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em razão do dinamismo nas relações humanas e nas relações entre o Estado e os súditos, a Constituição, por meio da mutação constitucional, comprova que é um organismo vivo, que deve adequar-se à dinâmica da realidade, fator que não permite seja ela enclausurada por meio de fórmulas fixas.<sup>123</sup>

Por outro lado, valores nucleares de seu texto devem ser preservados, especialmente nos momentos de crises institucionais, oportunidade em que vozes se soltam clamando por pretensas justiças realizáveis ao largo do que dispõe o texto constitucional.

---

<sup>118</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processo informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limona. 1986, p. 5.

<sup>119</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 83.

<sup>120</sup> Ihering, Rudolf Von, São Paulo: Forense, 2006, p. 1. Trad. João Vasconcelos, p. 67.

<sup>121</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

<sup>122</sup> Idem, p. 52.

<sup>123</sup> LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabiarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

Sobre o tema, é oportuna a lição de Gonçalves:

[...] a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação<sup>124</sup>.

A preservação da Constituição em seu núcleo fundamental é essencial para sua própria identificação como instrumento jurídico, e não apenas político, como advogava Lassale, o que não quer dizer que a interpretação de seu texto não se deva realizar como forma de ajustamento ao momento, mas sem casuísmos ou aproveitamento de portas abertas à implantação de crenças pessoais ou políticas desagasalhadas do texto constitucional.

A mutação constitucional, como foi observado por Bullos, tem como característica marcante a alteração do significado de determinado texto constitucional de forma lenta e que não conduza a “deformações maliciosas nem a subversões traumatizantes<sup>125</sup>”. De igual modo, a mutação constitucional não pode colidir com o texto constitucional, sob pena de criar-se uma mutação inconstitucional.

A lição conceitual de Ferraz mostra-se oportuna:

[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.<sup>126</sup>

A mutação constitucional permite que a Constituição seja dinâmica, e a sua interpretação seja contemporânea à realidade social num determinado

---

<sup>124</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: a expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 4, n. 13, jan./mar. 2009, p. 20.

<sup>125</sup> BULLOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 61.

<sup>126</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

momento histórico, observando-se os limites interpretativos impostos pelo próprio sistema de direito.

Avançar a interpretação onde não há espaço para o avanço, tampouco para interpretações criativas, revela-se “uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”<sup>127</sup>, gerando o que a doutrina chama de *mutações inconstitucionais*, que se verificam quando há um extravasamento do limite de modificação da Constituição pela mutação, ou seja, pela reinterpretação da norma.

Arremata-se esse tópico com as ponderações de Abboud:

Sempre que vislumbramos parcela do nosso Judiciário acreditando que a consolidação e o fortalecimento de nossa democracia constitucional passam por um agigantamento do Poder Judiciário com o recrudescimento de seu ativismo, em detrimento da democracia deliberativa, ficamos horas a fio contemplando o abismo sem nos aperceber que é o abismo que está olhando para nós: criamos o monstro que nos devora<sup>128</sup>.

### 3.4 Mutação Constitucional Judicial e Ativismo Judicial

Para o fim proposto na presente dissertação, será objeto de análise a mutação constitucional judicial apenas. A mutação constitucional legislativa e a mutação constitucional administrativa não serão aqui examinadas nem ao menos de relance.

A mutação constitucional judicial pode-se dar em qualquer instância jurisdicional, mas o enfoque da análise será direcionado àquela ocorrida no STF.

Inicialmente, mostra-se atual o pensamento de Cappelletti sobre o tema, razão pela qual se estampa:

---

<sup>127</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>128</sup> ABOUD, Georges. Juristocracia Delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidas pelo ativismo judicial. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr., Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 227.

É manifesto o caráter acentuado o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes<sup>129</sup>.

Decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o entendimento manifestado pelo STF impede que qualquer outro magistrado possa posicionar-se contrariamente ao já decidido, isto é, declarada de constitucionalidade, ou em razão do caráter dúplice da ação, a declaração de inconstitucionalidade da norma posta à prova suscita vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse mesmo sentido, o STF, ao julgar o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade e ao decidir pela inconstitucionalidade da norma (lei ou ato normativo), também determina a vinculação exposta no parágrafo anterior.

Além das hipóteses acima mencionadas, há ainda a possibilidade de edições de súmulas vinculantes e de ajuizamento de reclamação para manter a autoridade informada do decidido pela Alta Corte, o STF.

Diante desse cenário repleto de mecanismos de controles direto de constitucionalidade, edição de incontáveis súmulas vinculantes, de ajuizamento de reclamações, além de vasta gama de outros instrumentos processuais que se iniciam diretamente no STF, parafraseando-se a crítica de Coêlho e da

---

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 42.

Silva, “pode-se dizer, na verdade e sem muito receio, que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal quer que ela seja”<sup>130</sup>.

Mas apesar das dificuldades, limites não de se apresentar. A ausência de limites à mutação constitucional leva ao enfraquecimento da Constituição, em vez de sua adequação à nova realidade.

A dificuldade de mensurar os limites da mutação constitucional está condensada na frase na Sampaio: “Cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança dos regimes sob o qual se vive”<sup>131</sup>

Essa também é a advertência de Callejón:

Quando se trata de um texto reinterpretado por uma nova realidade sócio-política, que destacou outro sentido da letra escrita, o problema se converte em uma questão de limites da mutação, e remete assim à questão geral de até onde pode ir a força de um texto sem incorrer em um excesso interpretativo<sup>132</sup>

Essa problemática não passou despercebida a Mata Diz e da Silveira:

Por derradeiro, outro aspecto a ser considerado é a dificuldade em se estabelecerem parâmetros objetivos a serem observados pelo juiz na concretização dos valores constitucionais, a fim de evitar que o legítimo exercício discricionário da jurisdição se transforme em arbitrariedade<sup>133</sup>.

Existem dificuldades em desenhar os limites da mutação constitucional; e negá-los seria negar o que até agora se está a escrever.

---

<sup>130</sup> COELHO, Carolina Reis Jatobá e DA SILVA, Christine Oliveira Peter. **Mutação constitucional**: a atuação da “Sociedade Aberta” como protagonista na Interpretação da Constituição Brasileira de 1988, Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, v. 8, n. 38, p. 86.

<sup>131</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Salvador; Nova Alvorada, 1995, p. 66.

<sup>132</sup> CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997, p. 34.

<sup>133</sup> DIZ, Jamile Bergamaschine Mata e DA SILVEIRA, Gláucio Inácio. In: **O ativismo judicial no direito comparado**. Disponível em: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/9065>.

Todavia, parece-nos que critérios generalistas não resolveriam o problema porque, se forem gerais os critérios, também necessitarão de maior integração quando de sua concretização.

Logo, a análise do extravasamento dos limites na mutação constitucional será feita com base no caso concreto objeto desta dissertação, demonstrando-se que o STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 e nas medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44, e no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral n. 964.246, ao alterar o momento em que o réu pode vir a iniciar o cumprimento de sua pena de segregação da liberdade, passando do trânsito em julgado para a decisão de 2ª instância, promoveu autêntico caso de mutação inconstitucional onde não havia esse espaço.

O interprete da Constituição, como pontua Pedra<sup>134</sup>, não pode atribuir significados arbitrários aos textos, na medida em que texto e norma, apesar de distintos, não são separados, de modo que um não vive sem o outro.

Mutação constitucional é permitida, aceita pela doutrina, e modo de evolução do sentido do texto constitucional até o limite do possível, ou seja, sem malferimento do texto tal como está grafado, o que não se confunde com ativismo judicial desenfreado, cujo fruto são decisões judiciais excessivamente e quase ilimitadamente criativas.

Ramos, em obra dedicada ao ativismo judicial, assim expõe sua percepção do tema:

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

---

<sup>134</sup> PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação Constitucional e Teoria da Concretização. *Revista de Direito Internacional e Constitucional*. Ano 19, v. 74, jan./mar. 2011. Coord. Maria Garcia, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.



constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas<sup>135</sup>.

Colaciona-se trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que, examinando de forma percuciente a questão em análise nesta dissertação, assim sublinhou:

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juristas de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.<sup>136</sup>

A margem de elasticidade da interpretação da norma, nesse caso uma autêntica interpretação criativa e inovadora, não pode desbordar dos limites expressos no texto constitucional, sob pena de o STF avocar para si um poder que não tem, qual seja: o de legislar como se fosse o Poder Constituinte originário, visto que, pela interpretação da maioria dos membros da Corte, ficou alterada a significação do conteúdo da extensão do princípio constitucional da presunção de inocência, cláusula pétrea constante no rol do artigo 5º da CR/88.

---

<sup>135</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>136</sup> HC 137063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13/09/2017 PUBLIC 14/09/2017.

## **CAPÍTULO 4 A (INA)DEQUAÇÃO DA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA FUNDAMENTADA NA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

### **4.1 Efetividade Processual como fundamento para alteração da jurisprudência**

Este tópico inicia-se com a demonstração de que o número de encarcerados no Brasil vem crescendo vertiginosamente, com base em dados colhidos de relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Essa demonstração visa comprovar que a visão de efetividade processual é aquela tão bem contestada por Assis (vide tópico que trata da efetividade do processo), ou seja, a de que se privilegia o que diz o autor e tira do réu as possibilidades do exercício de sua ampla defesa.

Em 2015, 281.007 (duzentas e oitenta e uma mil) penas privativas de liberdade começaram a ser cumpridas em todo o País, quase o dobro do número de 2009, ou seja, 148.000 (cento e quarenta e oito mil) penas.

Trata-se de um crescimento de 6% (seis por cento) em relação ao ano anterior e de 90% em relação ao ano de 2009. A população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, tendo crescido 267% (duzentos e sessenta e sete por cento) nos últimos 14 anos, atingindo a marca de 622.000 (seiscentas e vinte e duas mil) pessoas presas<sup>137</sup>.

O fundamento de que a demora no julgamento causa um destemor àqueles que se prestam a cometer ilícitos penais e, ao mesmo tempo, incutem na sociedade a ideia de que o processo penal não é efetivo porque não pune os culpados e não é motivo para reinterpretar o texto constitucional para escrever o que escrito não está.

Só com aberrações interpretativas e posicionamentos ideológicos calcados em peculiar senso de justiça, com a utilização abstrata do argumento genérico da efetividade processual, pode-se chegar a tal conclusão.

---

<sup>137</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Neste tópico, é oportuno recordar o pensamento de Nietzsche: *“aquele que luta com monstros deve acautelar-se para não se tornar também um monstro. Quando se olha muito tempo para um abismo, o abismo olha para você”*<sup>138</sup>.

O acolhimento do clamor social, a abertura do conceito de efetividade processual e seu aproveitamento como signo linguístico aberto ficam bem marcados no seguinte trecho do voto do Ministro Barroso: *“Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaure-se o **sentimento social de eficácia da lei penal**”*<sup>139</sup>(grifo nosso)

O sentimento de eficácia ou não da lei penal não é motivo para alterar a Constituição, ao menos legitimamente. A mutação constitucional não é uma estrada aberta para devaneios interpretativos, principalmente se esses devaneios são movidos por argumentos genéricos - efetividade processual, restabelecimento de credibilidade do Judiciário, temor à pena -, com vistas a agradar os anseios sociais sem ter a certeza de quais são esses anseios.

O discurso do que é ético ou não perpassa, necessariamente, pela ideia da ética da legalidade, última trincheira para contenção de abusos às classes subalternas e dos oprimidos<sup>140</sup>.

Para embasar com argumento de autoridade o que até agora se sustenta, faz-se oportuna a transcrição do pensamento de Teixeira:

Diante disso, a forma mais nociva de ativismo judicial é aquela que vincula o julgador a um setor ou setores sociais específicos, em detrimento de indivíduos cujos interesses se encontram juridicamente protegidos, os quais teriam no Judiciário o espaço derradeiro para a sua proteção. Não se confunda essa prática com julgar influenciado por orientações pessoais, pois, conforme já falamos, qualquer indivíduo possui preferências políticas, religiosas e morais (bem como sexuais, gastronômicas, enológicas, etc.), mas isso não impede que a decisão esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Isso parece algo pacífico e sem maiores complicações. A nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um fim político e depende da negação à tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação,

<sup>138</sup> NIETZSCHE, Friederich. **Além do bem e do mal**: ou prelúdio de uma filosofia do futuro, Curitiba: Hemus, 2001, Aforismo 146, p. 89.

<sup>139</sup> Trecho do voto do Ministro Barroso – HC 126.292 – STF.

<sup>140</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 22.

fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica<sup>141</sup>.

Trecho do voto do Ministro Luiz Fux aponta para o mesmo sentido de abarcar pretensão sentimento social por quem não está autorizado a encarnar esse sentimento porque eleito não foi, e porque só quem o foi pode dizer, ainda que indiretamente, o que a sociedade aceita ou não aceita:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no **sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência** de uma pessoa condenada que não para de recorrer.<sup>142</sup> (grifo nosso)

A sociedade não aceita tanta coisa que está escrita na Constituição, mas nem por isso a Constituição deve ser reinterpretada sem limites, ao bel-prazer dos ministros do STF, por lhes ter sido dado o direito de interpretar a Constituição, mas com limites; e sempre tendo em vista que não é função dos ministros dizer o que a sociedade aceita ou não aceita, porque eles não receberam mandato para falar por ela.

Vale registrar as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski para rebater o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Luiz Fux. Vejamos:

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os

<sup>141</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. In: *Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política*. *Revista de Direito da GV* n.15, p. 47.

<sup>142</sup> Trecho do voto do Ministro Luiz Fux – HC 126.292 – STF.

anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim com amparo nela<sup>143</sup>.

Como foi demonstrado no pensamento do Ministro Ricardo Lewandowski, o STF, com base em argumentos genéricos de promoção de efetividade processual, abraçou a tão criticada tese do expansionismo penal, uma vez que cedeu às cobranças da mídia, que veicula o que diz a pretensa opinião pública em seu clamor por soluções imediatas, como se o problema da criminalidade tivesse solução simplista e como se os anseios populares tivessem a capacidade de alterar o princípio constitucional da presunção de inocência.

O raciocínio de Nucci se mostra cirurgicamente adequado:

Deve-se respeitar a atual posição do Pretório excelso, pois a ele é dado a competência para avaliar atos e normas constitucionais. Em nosso entendimento, muito disso se deve à chamada operação Lava Jato, que, a pretexto de combater a corrupção, vem atropelando alguns direitos humanos fundamentais. Esperamos que tal aspecto histórico brasileiro não se prolongue por muito tempo; afinal, o cidadão pobre não tem como suportar uma justiça ágil para prendê-lo e ineficiente para apurar a verdade<sup>144</sup>.

A celeridade pela aplicação do direito não legitima o atropelamento de garantias fundamentais, sobretudo aquelas que representam importante marca na evolução do processo civilizatório, como o é a presunção de inocência.

Estampa-se elucidativa a lição de Silva Sánchez sobre o tema:

*Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la*

<sup>143</sup> HC 137063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13/09/2017 PUBLIC 14/09/2017.

<sup>144</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. In: **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 730.

*«reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticocriminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión»<sup>145</sup>*

O clamor social e a sanha irrefreável de punir que move a sociedade de hoje, massacrada por notícias de tragédias e violência explícita, não pode ser fundamento para que o sagrado direito à liberdade, irmão siamês da presunção de inocência, seja mitigado (como foi) pelo STF, para promover um estado de felicidade à sociedade e distribuir a sensação de que o processo penal é efetivo.

Lição de Clarissa Tassinari mostra-se adequada ao tema em análise:

É no mínimo curiosa essa preocupação em fazer um ajuste dos posicionamentos judiciais à opinião pública, pois, considerando que, tanto a composição da Suprema Corte quanto a do STF não estão sujeitas a modificações pelo desagrado popular, esses órgãos poderiam simplesmente "dizer não" às demandas da sociedade, se considerassem em desacordo com a constituição. Ou seja, como Georges Abboud sugere, o STF não precisaria encarnar o espírito Don Juan e pretender viver "[...] em constante lua de mel com a opinião pública e a maioria da população"; seria importante, aliás, que sua postura fosse justamente contrária, afinal, trata-se de uma instituição contramajoritária. Mas por que isso é assim? Porque decisões judiciais simpáticas reforçam o imaginário de supremacia judicial de dois modos: aumentam a legitimidade do Tribunal perante à sociedade (e isso cada vez mais engrandece o STF, que se torna o protagonista das relações sociais - o poder mais admirado); mas também garante que suas decisões sejam cumpridas, sob o manto de uma aparente supremacia (quando mais se trata de estratégia política)<sup>146</sup>.

O magistério de D'Avila condensa o que foi exposto nas linhas acima:

<sup>145</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **La expansion del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 20.

<sup>146</sup> TASSINARI, Clarissa. A Supremacia Judicial Confrontada pela crítica hermenêutica do Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs.: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr, Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017 p. 146.

O direito penal não é apenas um instrumento de solução de conflitos. Ele é muito mais do que isso. O direito penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi no âmbito do direito penal e por meio dele que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo. Essas conquistas que custaram a vida de muitos representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional<sup>147</sup>

No julgamento do supramencionado habeas corpus, o Ministro Celso de Mello, em trecho do seu voto - no qual defendeu que o cumprimento de pena só pode ocorrer com o trânsito em julgado do édito condenatório -, fez as seguintes ponderações:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.

Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático. Por isso mesmo, impõe-se repelir, vigorosamente, os fundamentos daqueles que, apoiando-se em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, vislumbram algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (a frase é de Manzini)<sup>148</sup>.

O pensamento do decano do STF vai ao encontro de salvaguardar o postulado da presunção de inocência, explicitamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, e demonstra categoricamente que a decisão que impinge ao condenado em 2ª instância o cumprimento provisório da pena mostra-se atávica e incompatível com o regime democrático.

---

<sup>147</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: o Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. dez./jan. 2012, p. 49.

<sup>148</sup> HC 137063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13/09/2017 PUBLIC 14/09/2017.

O encarceramento não tem o poder de diminuir a criminalidade nem de dar maior ou menor credibilidade ao Judiciário. Seu fim é punitivo, e punição não ataca a causa do problema.

O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de étnica ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço<sup>149</sup>

A prisão não significa apenas imobilização do indivíduo, mas também sua exclusão da sociedade. Por isso, para grande parcela da população que defende o expansionismo penal (mesmo sem saber seu real significado e extensão), a prisão, a qualquer tempo e pelo motivo que for, revela-se como um meio de atingir o mal na raiz<sup>150</sup>.

A decisão do STF, nesse ponto, além de malferir o primado da presunção da inocência, curvou-se ao clamor da sociedade - que acredita ser a pena imposta ao delinquente a cura para criminalidade -, desconhecendo que não há bases que apontem que as prisões se prestam à ressocialização do apenado (ainda que provisório), sendo que o aprisionamento não se harmoniza com ressocialização.<sup>151</sup>

Os argumentos relacionados à efetividade processual, utilizados para embasar os votos que sustentaram o cabimento do cumprimento provisório da pena com a condenação prolatada pelos tribunais de 2ª instância, também vêm sendo verificados na política, como critica Bitencourt:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à

---

<sup>149</sup> BAUMAN, Zygmund. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 114.

<sup>150</sup> DA SILVA, Guilherme Barbosa; FÁVERO, Vanessa Rui. As mazelas do vigente sistema penitenciário nacional como indícios de instauração de uma "instituição total: características do estado totalitário no sistema penitenciário brasileiro. In: **Direito penal e constituição** [Recurso eletrônico *on-line*] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coords: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 61.

<sup>151</sup> BAUMAN, Zygmund. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 122.



criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governos utilizam o Direito Penal como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrária e simbolicamente o direito penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade<sup>152</sup>.

Assim expôs o Ministro Marco Aurélio no início de seu voto, no sentido da impossibilidade do cumprimento provisório da pena sem o trânsito em julgado: *“Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste tribunal, na vida do Supremo”*<sup>153</sup>.

Mesmo após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 - STF -, o Ministro Marco Aurélio, com audácia, no Habeas Corpus n. 144.076 MC, concedeu a ordem para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento de seu recurso, sendo oportuno apresentar as reflexões realizadas no bojo da fundamentação:

Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal -, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. 3. Defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório<sup>154</sup>

O fim do direito é a proteção da pessoa, de acordo com as regras constitucionais e infraconstitucionais postas, entre elas a proteção à dignidade e o primado da presunção de inocência:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela qualquer outra

<sup>152</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte especial. V. 4 - dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

<sup>153</sup> Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126.292 – STF.

<sup>154</sup> HC 144076 MC. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 23/06/2017, publicado em: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017.

coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.<sup>155</sup>

De fato, ao utilizar fundamentos genéricos e imprecisos, calcados em pretensa efetividade do processo, o STF cedeu aos anseios populares e, assim, proporcionou felicidade à sociedade, mas retrocedeu em conquista civilizatória importante, consubstanciada na presunção de inocência até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal, como explicitamente dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da CR/88.

Esse retrocesso indelével, como salientado por Grau no voto prolatado no Habeas Corpus n. 84.078, pode ser confortado, justificado e acalentado apenas pelos magistrados que atingiram suas metas de julgamento perante o CNJ, mas jamais perante o processo penal, perante o acusado e, principalmente, com vistas à manutenção do Estado Democrático de Direito. Veja-se:

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<sup>156</sup>.

A inflexão jurisprudencial realizada pela maioria dos ministros do STF quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 e de Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, foi também duramente criticada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do RHC 129663 AgR-ED-MC, conforme se observa,

A posição que prevaleceu naqueles julgamentos reflete - segundo entendo - preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do

---

<sup>155</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 77.

<sup>156</sup>HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.

[...]

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem<sup>157</sup>.

O fato de, politicamente, quando da promulgação da CR/88, ter-se optado pela permanência do estado de inocência até o trânsito em julgado da ação penal condenatória não autoriza o Poder Judiciário a transmutar esse primado para que a cessação da presunção de inocência ocorra com a decisão condenatória de 2ª instância, sob pena de delegação da democracia constitucional ao STF<sup>158</sup>.

Esse modo de agir, denominado de *Juristocracia*<sup>159</sup>, não é apenas uma modificação interpretativa do texto, mas, sobretudo, uma invasão sem limites do Estado na esfera individual da pessoa, fator que contribui para, “no local do nosso edifício democrático, erigirmos um regime de *Juristocracia*”<sup>160</sup>, degradando, pois, a democracia constitucional alicerçada na separação de poderes<sup>161</sup>.

#### 4.2 Vedação ao retrocesso

Como foi demonstrado ao longo desta dissertação, a presunção de inocência consubstancia-se em garantia que foi sendo construída lentamente

---

<sup>157</sup> RHC 129663 AgR-ED-MC. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 25/08/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 01/09/2017 PUBLIC 04/09/2017.

<sup>158</sup> ABOUD, Georges. Juristocracia Delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidas pelo ativismo judicial. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr., Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 224.

<sup>159</sup> Idem, p. 225.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Ibidem.

pelos povos civilizados; daí a vedação ao retrocesso. Trata-se de conquista paulatina frente ao arbítrio, ao decisionismo pelo decisionismo, à ausência de limites do Estado.

O princípio da vedação do retrocesso, também chamado “efeito *cliquet*”, aplica-se não somente a direitos sociais fundamentais, mas também aos chamados direitos de liberdade; vale dizer, não é possível a retroação fática de uma conquista protetora das liberdades fundamentais.

O efeito *cliquet* é uma expressão “utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, subir”.<sup>162</sup>

Como adverte Machado,

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos<sup>163</sup>.

*Mutatis mutandis*, o STF já reconheceu a impossibilidade de retrocesso em direitos fundamentais sociais:

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,

---

<sup>162</sup> LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito 'cliquet' ou princípio da vedação de retrocesso. *Revista Jus Vigilantibus*, 13 maio 2009. Acesso em: 28 ago. 2017.

<sup>163</sup> Machado, José Roberto. **Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso.** Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>. Acesso em: 28 ago. 2017.

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<sup>164</sup>

O cumprimento da sanção penal sem o trânsito em julgado representa retrocesso, não em direitos sociais, reconhece-se, mas em direitos inatos à dignidade da pessoa humana, visto que afeta diretamente o *status libertatis*.

A proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, está expressamente definida no art. 30 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas - ONU.

A liberdade e a imposição de freios ao Estado inserem-se na senda de direitos inalienáveis, ao menos no Estados civilizados. O flanco aberto pelo STF mitigou o direito fundamental da presunção de inocência - não o esvaziou completamente, mas, certamente, reduziu-o drasticamente. A nenhum dos poderes é dado o direito de colidir, de esvaziar o conteúdo constitucional relativo às garantias individuais, até porque o Poder Constituinte originário é a raiz que cria, define e sustenta todos os poderes do Estado, vinculando-os à Constituição, e não o contrário.

A esse respeito,

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> ARE 639337 AgR. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

<sup>165</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

Inclusive pela via interpretativa é vedado o retrocesso de direitos. Não apenas a legislação formal está sujeita a esses limites, mas a interpretação que esvazie determinado fundamental também está sujeita ao limite da vedação ao retrocesso.

Nesse contexto, é oportuna a lição de Sarlet:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.<sup>166</sup>

O abreviamento do momento do início do cumprimento de pena para a decisão condenatória de 2ª instância, e não mais para o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal como consta do artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, consubstancia-se em inegável retrocesso civilizatório, por malferir direitos fundamentais.

#### **4.3 Os sinais trocados emitidos pelo Supremo Tribunal Federal - O perigo do populismo das decisões - A efetividade do processo penal (in)efetivo**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347<sup>167</sup>, acolheu expressamente a teoria do estado de coisas inconstitucional para impor que medidas sejam adotadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com vistas a alterar a realidade de inconstitucionalidade palmar que se percebe no sistema prisional.

---

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

<sup>167</sup> ADPF 347 MC. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

O STF passou a entender que a omissão normativa não mais pode ser entendida como o “não legislar”, mas também como a situação em que o poder público não adota medidas pela alteração de realidade fática inconstitucional, permanente e sistêmica.

Na decisão prolatada pelo Pretório Excelso, houve o reconhecimento de que as penitenciárias são verdadeiros calabouços que não recuperam; pelo contrário, que degradam o encarcerado e aviltam sua dignidade.

Por outro lado, o mesmo tribunal, num período inferior a um ano da decisão acima pontuada, passou a entender, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 que é cabível o início do cumprimento da pena criminal a partir da decisão de 2ª instância seja ela confirmatória ou modificatória da sentença de 1ª instância, apesar de o artigo 5º, inciso LVII, da CR/88 dispor expressamente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A CR/88 garante o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII), “e” impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e prevê a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

A situação carcerária no Brasil reclama por urgentes medidas, às quais o poder público não dá a devida atenção, seja porque a situação aviltante é socialmente aceita pela maioria da sociedade, seja porque foram eleitas outras prioridades ou porque os detentos são compostos, em sua maioria, por classes sociais menos favorecidas e, assim, sem poder de influência<sup>168</sup>.

Nesse sentido é a ponderação feita por Greco:

Quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos, amontoados em celas superlotadas, suplicando por

---

<sup>168</sup> CALDAS, Roberto Coreia Silva Gomes; LASCANE NETO, Felipe. As condições das penitenciárias no Brasil e o estado de coisas inconstitucional. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. V. 2, n.2, Curitiba, p. 580. Disponível em:<http://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1441/PDF>, Acesso em: 27 dez. 2017,

melhora no sistema, será que essas cenas não têm o mesmo efeito espetacular que os suplícios que eram realizados em praça pública? Agora os locais públicos das execuções fazem parte do nosso lar. Não precisamos nos aprontar para sair de casa, a fim de assistir à execução do condenado.<sup>169</sup>

Mesmo havendo esse reconhecimento expresso por parte do STF no julgamento da medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, a maioria da Corte reinterpreto a Constituição para que mais presos provisórios sejam lançados em verdadeiras “masmorras medievais”, como dito pelo então Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso, confessando que preferiria até morrer a ser preso em uma delas<sup>170</sup>.

Dados do CNJ demonstram ser assustador crescimento da população carcerária brasileira nos últimos anos:

Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300<sup>171</sup>

Apesar do exponencial aumento do encarceramento, não há um reflexo positivo na queda da criminalidade, seja ela violenta ou não.

No julgamento do HC n. 137.063, o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou sua perplexidade com a incongruência da guinada jurisprudencial permissiva do encarceramento a partir da decisão condenatória de 2ª instância, com a decisão prolatada na Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença

---

<sup>169</sup> GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

<sup>170</sup> O Globo. “Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras”. Nov. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>. Acesso em: 24 set. 2017.

<sup>171</sup> Conselho Nacional de Justiça. Cidadania nos presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>.



condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea<sup>172</sup>.

No julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento Fundamental n. 347, o STF exerceu seu poder contramajoritário e julgou, resistindo à opinião pública, que pouco se importa com o aviltamento das condições penitenciárias. Esse é um papel da Corte Constitucional.

A resistência à voz das ruas, quando essas vozes não se confortam no texto constitucional, é muito mais que apenas uma demonstração da independência e altivez. É defender a Constituição, ainda que ela (a Constituição) proteja direitos que a sociedade não quer ver protegidos.

Revela-se apropriada para o fortalecer o argumento até então desenvolvido esta lição de Sarlet:

Além disso, uma vez que no sistema constitucional pátrio se assegurou aos órgãos do poder judiciário a possibilidade de fulminar emendas constitucionais aprovadas por maioria democrática qualificada, o risco para a própria democracia se revela possivelmente bem maior quando, a pretexto de preservar o regime democrático, se compreende de modo restrito a fundamentalidade dos direitos, viabilizando que pautas valorativas nem sempre compartilhadas pelo conjunto da sociedade, sejam utilizadas como critério para justificar a superação, por meio do controle judicial, de direitos consagrados pelo constituinte democraticamente legitimado.<sup>173</sup>

Nesse ambiente é que o STF deve mover-se para salvaguardar o texto constitucional, ainda que a maioria não concorde com o direito fundamental (presunção de inocência) do modo como nele está escrito.

---

<sup>172</sup> HC 137063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13/09/2017 PUBLIC 14/09/2017.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional - uma análise na perspectiva da constituição federal de 1988. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs.: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, p. 61.

Quando a maioria política<sup>174</sup> vulnerabilizar, aplaudir ou apoiar a fragilização do texto constitucional é o momento em que o STF deve agir altaneiro para salvaguardar o direito da minoria, previsto constitucionalmente, ainda que desagrade a maioria.

Oportuna para reflexão é a transcrição do poema de Brecht:

Primeiro levaram os negros. Mas não me importei com isso. Eu não era negro. Em seguida levaram alguns operários. Mas não me importei com isso. Eu também não era operário. Depois prenderam os miseráveis. Mas não me importei com isso. Porque eu não sou miserável. Depois agarraram uns desempregados. Mas como tenho meu emprego, também não me importei. Agora estão me levando. Mas já é tarde. Como eu não me importei com ninguém, ninguém se importa comigo."<sup>175</sup>

Como foi salientado por Lewandowsky, “não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim com amparo nela”<sup>176</sup>.

É marcante a incongruência nas decisões prolatadas pelo STF no Habeas Corpus n. 126.292, nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44, e no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral, n. 964.246, frente ao que ficou decidido no Recurso Extraordinário n. 592.581 e na Ação Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347.

Reconheceu-se que as penitenciárias do Brasil são locais de expiação, e suas condições tornam vulneráveis - frontalmente - os direitos mínimos consagrados da CR/88.

Foi apontado, com base em relatórios do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, que um dos problemas da superlotação reside no elevado índice de presos provisórios, ou seja, aqueles que estão

---

<sup>174</sup> Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 14 jul. 2017.

<sup>175</sup> BRECHT, Bertold. Disponível em: <http://litteraturamundi.blogspot.com.br/2013/04/bertold-brecht-1898-1956.html>. Acesso em: 26 set. 2017.

<sup>176</sup> HC 137063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13/09/2017 PUBLIC 14/09/2017.

encarcerados sem que o Estado-Juiz, definitivamente, os tenha considerado culpados.

Na decisão que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, foi imposta uma série de medidas ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, visando minimizar as aviltantes condições irrefutavelmente presentes nos dias atuais.

Parecia que o STF estava engajado em buscar soluções concertadas e dialogadas com o Poder Executivo e o Poder Legislativo para solucionar o caótico problema existente, mas impopular e socialmente aceito pela maioria da sociedade.

A decisão prolatada no Habeas Corpus n. 126.292, nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44 e no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral, n. 964.246, jogou *uma pá de cal* sobre as *pretensas boas intenções* na solução da problemática, uma vez que lançará nas masmorras do Estado mais e mais presos provisórios, ao arrepio do que expressamente prevê o artigo 5º, inciso LVI, da CR/88, que consagra o princípio da presunção de inocência até que sobrevenha o édito penal condenatório definitivo.

O STF rendeu-se a argumentos pragmáticos para possibilitar o encarceramento com base em decisão de 2ª instância, malferindo o texto constitucional e mostrando-se incoerente com a preocupação externada no julgamento da Ação Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, no sentido de impor medidas que façam com que o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional seja revertido para um estado de constitucionalidade.

A permissão da segregação física do réu a partir da decisão de 2ª instância, observada no posicionamento da maioria dos ministros que integram o STF, configura-se, portanto, como concreto retrocesso na busca de solução do problema do encarceramento em massa, violentando o artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, conforme já foi dito, neste estudo, visto que o princípio da presunção de inocência representa a consagração do direito à liberdade.

#### **4.4 Do (des)acerto em fundamentar a guinada jurisprudencial pelo cumprimento da pena sem trânsito em julgado no direito comparado**

No bojo do voto prolatado no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964246, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, foi também justificado que, no mundo, não há previsão de que a sanção penal condenatória somente tenha início com o esgotamento da via recursal.

Os fundamentos utilizados é de que na Inglaterra, a partir de 2003, impôs-se restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, estabelecendo-se como regra aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, salvo se a lei garantir a liberdade em decorrência de fiança.

Nos Estados Unidos, a presunção de inocência não consta no texto constitucional, mas é vista como decorrência da interpretação conjugada da 5ª, 6ª e 14ª emendas e que a interpretação sistemática do texto constitucional com a legislação infraconstitucional permite a execução imediata das decisões penais condenatórias, com raras exceções. Além disso o sistema legal norte-americano fortalece o cumprimento das decisões de 1ª instância, ainda que sujeitas a revisão.

Por seu turno, no Canadá, o diploma criminal regente da matéria dispõe que as autoridades judiciárias devem adotar medidas céleres e efetivas para que o édito condenatório seja cumprido a partir do reconhecimento da culpabilidade do imputado. Nesse cenário, com base na legislação, a pena é automaticamente executada, sendo admitida a fiança em casos excepcionais também previstos em lei.

Já na Alemanha o Código de Processo alemão prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos, e que os recursos para o Tribunal Constitucional não estejam sujeitos a esse efeito. Logo, na Alemanha, ainda que haja recursos pendentes para tribunais superiores, o cumprimento da pena já se inicia, mesmo não havendo o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva.

Na França, cuja Constituição adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, há possibilidade de encarceramento do condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo na pendência de recursos, apenas nas hipóteses previstas no artigo 465 do Código de Processo Penal francês.

Em Portugal, o princípio constitucional da presunção de inocência é interpretado com temperamentos. A presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado, salvo nas hipóteses em que a legislação infraconstitucional dispuser de forma contrária. Realiza-se a interpretação sistemática do texto constitucional com a integração da legislação infraconstitucional.

Na Espanha, apesar de o princípio da presunção de inocência ter assento constitucional, optou-se por imprimir efetividade às decisões condenatórias, ainda que tal postura malfira o princípio da presunção de inocência.

Na Argentina também está contemplado o princípio da presunção da inocência, a teor do art. 18 da Constituição Nacional. Todavia, a execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida. (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078, p. 507)<sup>177</sup>.

O raciocínio que aqui se desenvolve pode parecer, à primeira vista, raso e inconsistente, mas apesar da singeleza, em nossa percepção é o quanto basta para rechaçar a utilização do Direito Comparado em matéria de presunção de inocência.

A CR/88, instrumento normativo máximo do País, dotado de efetividade e força normativa, prevê categoricamente que “ninguém será

---

<sup>177</sup> ARE 964246 RG. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Goste-se ou não do que está escrito, escrito está. Se escrito estivesse que, com a condenação em 2ª instância, cessaria a presunção de inocência, cessada ela estaria. Mas não está escrito isso! E se isso não é, não cabe ao Judiciário, de forma criativa, reescrever a Constituição ao sabor pessoal de cada um de seus ministros.

Se nos Estados Unidos, na França, no Canadá, na Argentina, não há disposição semelhante ou igual à que consta da Constituição Federal brasileira, certamente foi uma opção política do Poder Constituinte desses países.

Se a legislação infraconstitucional dos países mencionados dispõe sobre a possibilidade do encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também é uma opção política de cada país, e essa opção política decorre de lei aprovada pelo poder que tem legitimidade para votá-la.

No Brasil, a opção política do Poder Constituinte Originário<sup>178</sup> foi de elaborar um princípio - o princípio da presunção de inocência - que estipula que a cessação dessa presunção se dá apenas e tão somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não antes dela, independentemente do senso de justiça de cada qual.

Em momentos de crise é que a Constituição é posta à prova. Nesse caso, posta à prova, ela foi rendida e superada com base na acolhida pela maioria dos ministros do STF, que fundamentaram seu posicionamento aprioristicamente, em salvaguarda de pretensos anseios populares, e massacrada pela crença de julgadores que não estão acima do texto constitucional.

Com Lewandowski, uma observação oportuna:

---

<sup>178</sup> Sobre o tema: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

*Salus rei publicae suprema lex esto*" costumava ser o bordão esgrimido pelos ditadores da antiga Roma em épocas de adversidade. Para eles, qualquer medida, por mais brutal ou cruenta que fosse, era válida para salvar a República<sup>179</sup>

No Brasil tanto o artigo 283 do Código de Processo Penal como o artigo 105 da Lei de Execução Penal, integrativos do texto constitucional, harmonizam-se com ele. Não há disposição infraconstitucional que autorize a interpretação dada por pequena maioria do STF.

O entendimento do colendo STF, que abrevia o cumprimento de pena para o momento da prolação da decisão condenatória de 2ª instância, como ensina Abboud, consubstancia-se em genuína hipótese de ativismo judicial na sua concepção decisória (macro e micro):

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade / discricionariedade. Nessa dimensão, o julgador adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o *escolhido (vanguarda iluminista)* para guiar a sociedade na direção do caminho correto.

Já na dimensão macro ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário face aos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto<sup>180</sup>.

Na dimensão decisória micro, a maioria dos ministros do STF que votaram pela abreviação do cumprimento da pena a partir da condenação de 2ª instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, valeu-se de argumentos ideológicos, atendendo a pretensos anseios sociais. Agiram como se lhes fosse outorgado poder para guiar o País

---

<sup>179</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. Fora da Constituição não há salvação. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/05/1883768-fora-da-constituicao-nao-ha-salvacao.shtml>, Acesso: 26 set. 2017.

<sup>180</sup> ABOUD, Georges. Juristocracia Delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidas pelo ativismo judicial. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs.: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr., Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 214.

mediante o que pensam ser o melhor caminho; todavia, sem legitimidade popular, porque eles não foram eleitos; e tampouco têm competência institucional para isso.

No plano do macroativismo decisório, o que hodiernamente se verifica é que alguns ministros do STF tornam-se o oráculo da República, não somente em questões jurídicas, mas principalmente reescrevendo o texto constitucional por meio de mutações inconstitucionais que avançam firmemente no campo das políticas públicas, deslegitimando o próprio texto constitucional e gerando a enorme insegurança jurídica perceptível *uti et oculi*.

Em que pese a feição política do STF, assim como os demais poderes, limites devem ser respeitados. A falta de limite conspurca a República e viola a harmonia de poderes, fundamentada no sistema de freios e contrapesos.

#### **4.5 Da aparente correção de rumos do Supremo Tribunal Federal**

Vozes no Supremo Tribunal Federal não se curvaram com a escassa maioria que sufragou o entendimento de que a o édito condenatório de 2ª instância já permite a execução provisória da sanção penal e vêm resistindo, com vistas a que a matéria seja novamente levada a Plenário para exame aprofundado.

Em 25 de agosto de 2017, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar no RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória de pena.

O Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu liminar ou concedeu a ordem, de ofício, na esteira do decidido no H.C 140.217 nas seguintes impetrações: HC 135.951-MC/DF; HC 137.494AgR/DF; HC 142.012-MC/DF; HC 142.017-MC/DF; HC 142.143- MC/SP; HC 142.162-MC/BA; HC 142.216-MC/SP; HC 144.717-MC/RS; HC 145.560/SP; e HC 145.953-MC/SP.



Nesses casos, conforme será melhor detalhado adiante, o Ministério Público, órgão acusador, não recorreu contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão, salvo se surgissem as hipóteses de custódia cautelar, mas, mesmo assim, foi determinada a prisão com a confirmação da sentença condenatória pela 2ª instância.

Verifica-se que, para o fim aqui proposto, não há necessidade de esmiuçar cada um dos precedentes acima citados de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, mas sim de demonstrar o pensamento do ministro, condensado no Habeas Corpus n.140.217:

É que, na sentença, determinou-se "aos réus o direito de recorrerem [...] em liberdade, uma vez que, a despeito da gravidade dos delitos praticados, não se encontram segregados provisoriamente pelo presente feito, pois ausentes os pressupostos da prisão preventiva" (pág. 17 do documento eletrônico 2).

E, no acórdão, o recurso dos réus foi conhecido e parcialmente provido para afastar a pena de multa, sendo o do Parquet também parcialmente provido, apenas para "decretar a perda do cargo público de auditor tributário do primeiro e da segunda apelantes e para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade a todos os réus" (pág. 8 do documento eletrônico 4).

Em seguida, o Ministério Público, tendo em conta a decisão deste Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki – que afirmou a possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância –, entendeu haver razão para peticionar ao juízo de primeiro grau e requerer a prisão do paciente, no que foi atendido.

Vê-se, portanto, que a situação dos autos é teratológica, uma vez que, em decorrência de uma petição incidental do Parquet, o juízo utilizou-se de uma forma imprópria para modificar a fundamentação do acórdão, valendo-se de expediente não agasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Com efeito, tal capítulo da sentença não foi objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça, não havendo falar, agora, em possibilidade de alterar-se uma decisão judicial, ainda pendente de recurso nos tribunais superiores, sem que tal se dê pela via processual apropriada, pela simples razão de o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário - cumpre registrar - de modo a dotá-lo de efeito erga omnes e força vinculante.

Para prender um cidadão é preciso mais do que o simples acatamento de uma petição ministerial protocolada em primeiro grau, sobretudo quando estão em jogo valores essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito como a liberdade e o devido processo legal.

A determinação de que a condenação seria executada apenas após o trânsito em julgado faz parte das decisões pretorianas prolatadas em primeiro e segundo graus de jurisdição, as quais em nenhum momento foram atacadas, no ponto, pelos meios processuais adequados. Trânsito em julgado difere substancialmente – como é óbvio – de julgamento em segundo grau. A vontade do magistrado singular e dos juízes que integraram o colegiado recursal manifestaram, explícita e também implicitamente, a vontade de que a primeira das duas hipóteses regesse a eventual prisão do paciente.

A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.<sup>181</sup>

Após o julgamento do HC n.126.292/SP, como já dito, ficou assentado o entendimento de que basta a condenação em 2ª instância para iniciar-se o cumprimento da pena. O Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser constatado nos HCs n. 144.712-MC/SP, n. 45.380-MS/SP e n.146.006-MC/PE.

Observe-se o que o Ministro Marco Aurélio decidiu, no HC n.145.380, oportunidade em que mostra todo seu espanto e assombro com os difíceis momentos vivenciados na República:

Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no Habeas Corpus n. 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

---

<sup>181</sup> HC 140217 MC-Extn. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 19/05/2017 PUBLIC 22/05/2017.

Construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade n. 43 e n. 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar por que não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo relator, Ministro Teori Zavascki - agravo em recurso extraordinário n. 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do Habeas Corpus n. 126.292 -, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus -, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea - segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior - eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual - segundo a composição do Tribunal -, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana<sup>182</sup>.

Na mesma quadra, no julgamento do HC n. 142.173/SP pela Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes adiantou provável mudança do seu posicionamento, externado no julgamento do HC n. 126.292/SP. Naquela

---

<sup>182</sup> HC 145380 MC. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 13/07/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03/08/2017 PUBLIC 04/08/2017.

oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes engrossou a maioria, mas parece que, verificando o equívoco interpretativo, resolveu mudar seu posicionamento:

No julgamento do HC n.126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida.<sup>183</sup>

Esse posicionamento intermediário proposto pelo Ministro Dias Toffoli e com o qual aparenta afinar-se o Ministro Gilmar Mendes parece-nos que também colide com a clareza do exposto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, porque estipula outro marco temporal para cessação da presunção de inocência que não o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal como está escrito no texto constitucional acima referido.

O Ministro Ricardo Lewandowski, adentrando com profundidade e sagacidade o âmago da *quaestio*, no julgamento do HC n. 137.063, concedeu a ordem para o impetrante, firme no entendimento de que somente ao final do trânsito em julgado da sentença penal condenatória inicia-se a possibilidade de segregação do condenado se essa pena lhe for imposta.

---

<sup>183</sup> HC 142173. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 05-06-2017 PUBLIC 06-06-2017.

A construção desenvolvida pelo Ministro Lewandowski parte da interpretação do inciso LVII do artigo 5º da CR/88, em consonância com as normas infraconstitucionais que regem o tema, e não o inverso, como se verifica na passagem abaixo transcrita:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.<sup>184</sup>

O artigo 283 do CPP, materializando o disposto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

À evidência, não há previsão de segregação cautelar decorrente de condenação em 2ª instância se ausentes os motivos e fundamentos que ensejariam a prisão preventiva. As decisões do STF que permitiram tal tipo de prisão acabaram por criar um novo tipo de encarceramento sem sentença penal condenatória definitiva e mesmo que ausentes os motivos da prisão preventiva.

Essa interpretação fica mais fortalecida quando, em conjunto com o inciso LVII do artigo 5º da CR/88 e com o artigo 283 do CPP, interpretamos o artigo 105 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou

---

<sup>184</sup> HC 126292. Relator: Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Se o réu não estiver preso em decorrência de prisão preventiva, somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória a guia de recolhimento será expedida pela autoridade judicial competente. Essa é a interpretação consentânea com a princípio constitucional da presunção de inocência do modo em que está grafado e também com o disposto no artigo 283 do CPP.

Fundamentando o que até agora foi dito, é necessário lembrar que tanto o artigo 283 do Código de Processo Penal como o artigo 105 da Lei de Execução Penal não foram declarados inconstitucionais. Nem poderiam, porque harmonizam-se com o disposto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88 do modo como esse foi grafado.

A interpretação dada pela escassa maioria do STF viola o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, e cria uma crise de legalidade que desacata o sistema legal, entendida tal interpretação como uma mancha normativa que incide nas relações jurídicas em nosso País.

A decisão que permite o encarceramento antes do trânsito em julgado, numa só tacada, reveste-se de inconstitucionalidade, porque malfere diretamente cláusula pétrea; e de ilegalidade, porque deixa de aplicar artigo de lei vigente e que guarda relação de harmonia com o texto constitucional.

## CONCLUSÃO

Nesta dissertação foi analisado o conceito e a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência, cotejando-o com a decisão prolatada em 17 de fevereiro de 2016, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n. 126.292 e, por 07 (sete) votos a 04 (quatro), passou a entender que é cabível o início do cumprimento da pena criminal a partir da decisão de 2ª instância, apesar de o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 - dispor expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

A análise também compreendeu o que ficou decidido nas medidas cautelares relacionadas com as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44, também julgadas pelo STF, oportunidade em que, em sede de cautelar, portanto, sem incursão profunda no mérito, fora confirmado o entendimento sufragado no Habeas Corpus n. 126.292.

A análise compreendeu ainda o que ficou decidido no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral n. 964.246, que teve como relator o Ministro Teori Zavascki. O entendimento já firmado no Habeas Corpus n. 126.292 e nas medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades n. 43 e n. 44 ficou confirmado, agora com repercussão geral.

Constatamos que os fundamentos expostos nos votos pautaram-se na busca da efetividade do processo, visto este como sinônimo de celeridade na tutela jurisdicional, mesmo que, para atingir esse objetivo, sacrifiquem-se direitos fundamentais previstos na CR/88. Outros argumentos como: a) fortalecer o prestígio do Judiciário, ora tão desacreditado pela demora nos julgamentos; e b) gerar uma expectativa na sociedade de que aquele que comete o crime será punido também se relacionam com a celeridade processual.

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2015 281.007 (duzentas e oitenta e uma mil) penas privativas de liberdade

começaram a ser cumpridas em todo o País, quase o dobro do número de 2009, ou seja, 148.000 (cento e quarenta e oito mil penas).

Trata-se de um crescimento de 6% (seis por cento) em relação ao ano anterior, e de 90% em relação a 2009. A população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, tendo crescido 267% (duzentos e sessenta por cento) nos últimos 14 anos, atingindo a marca de 622.000 (seiscentas e vinte e duas mil) pessoas presas.

Logo, há punição, e o encarceramento é o meio que mais cresceu. Nesse passo, o fundamento para o abreviamento do cumprimento da pena a partir da condenação de 2ª instância reside na demora da prestação jurisdicional, e não na inexistência de punição. Mas se há demora é porque há recursos que permitem o alongamento do processo. E esses recursos são previstos em lei.

Sendo assim, nenhuma parte que se utiliza de mecanismos recursais previstos em lei pode ser acusada de estar procrastinando o encerramento do processo. A parte que se utiliza das armas legais que de que dispõe não procrastina o fim do processo; ela apenas se vale dos meios existentes para exercitar a seu amplo direito de defesa.

O sacrifício ao princípio constitucional da presunção de inocência previsto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em prol do pretensa (e eventual) efetividade processual, promoveu, de acordo com o pesquisado uma autêntica hipótese de mutação inconstitucional e de ativismo decisório.

O intérprete da norma - e aí se inclui o STF e o importante e necessário papel político que ele desempenha - não tem poderes ilimitados de interpretação, tampouco dons messiânicos para, antevendo o futuro, interpretar a norma de acordo com seu sentimento pessoal - e aí se inclui cada ministro, que, em nítida função de governo, elege, com base em sua convicção pessoal, qual será o melhor ou mais frutuoso destino para a República e para seus súditos, ainda que a interpretação seja feita de forma contrária à Constituição que julgaram defender.



Em momentos de crise institucional e no momento em que essa dissertação está sendo escrita, há uma crise institucional de relevo no país: é que a Constituição Federal de 1988 é posta à prova. De acordo com o que foi pesquisado, o STF, que também tem a precípua missão de defender os direitos das minorias, e não apenas de ouvir as pretensas vozes das ruas, vem interpretando o texto constitucional de acordo com as pressões da imprensa, e não de acordo com o que está escrito nesse texto.

Essa postura leva, certamente, a caminhos que flertam com o autoritarismo na medida em que, hoje, é a presunção de inocência que é mitigada; amanhã, o direito à intimidade; depois, a liberdade de expressão; e no fim - por que não? - o direito à vida digna.

O texto escrito na CR/88 deve ser interpretado pelo STF, denominado por muitos, inclusive por seus próprios ministros, como o guardião da Constituição. Todavia, há limites para a hermenêutica. Não se trata de um campo aberto para que se desfilem opiniões pessoais, sociológicas ou opções políticas que não estão contempladas pelo texto constitucional.

O princípio da presunção de inocência, com assento no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, foi estabelecido pelo Poder Constituinte Originário e trata-se de cláusula pétrea. A presunção de inocência só cessa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal como expressamente disposto na CR/88.

Essa interpretação, além de prestigiar o que está escrito no texto constitucional, harmoniza-se com a legislação infraconstitucional, notadamente o artigo 283 do Código de Processo Penal, que, materializando o disposto no inciso LVII do artigo 5º da CR/88, dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Não há, na CR/88, tampouco na legislação infraconstitucional aplicável, qualquer hipótese que abrevie o cumprimento da pena a partir da condenação em 2ª instância. Prisões cautelares existem, mas aqui está-se

tratando de prisão decorrente de condenação sem trânsito em julgado, fator que difere (e muito) de prisões cautelares. O abreviamento do cumprimento da pena não é prisão cautelar, mas sim anômala hipótese de cumprimento de pena sem trânsito em julgado do édito penal condenatório.

Como já foi demonstrado ao longo desta dissertação, apesar de o STF ter julgado o Habeas Corpus n. 126.292, as Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 43 e n. 44 e o Agravo em Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 964.246, permitindo a segregação física do réu a partir da decisão de 2ª instância, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem, de ofício, para impedir a segregação física com a condenação de 2ª instância, na esteira do decidido no H.C 140.217 nas seguintes impetrações: HC 135.951-MC/DF; HC 137.494AgR/DF; HC 142.012-MC/DF; HC 142.017-MC/DF; HC 142.143- MC/SP; HC 142.162-MC/BA; HC 142.216-MC/SP; HC 144.717-MC/RS; HC 145.560/SP; e HC 145.953-MC/SP.

Por seu turno, no julgamento do HC n. 142.173/SP pela Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes adiantou provável mudança de seu posicionamento, externado no julgamento do HC n. 126.292/SP, para passar a entender que o cumprimento da pena, ainda que provisório, só ocorrerá após o julgamento do Recurso Especial, como defendido pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, e não com a condenação penal em 2ª instância de jurisdição.

Esse posicionamento intermediário merece as mesmas críticas realizadas ao longo desta dissertação, porque reescreve - reinterpreta o texto constitucional onde não há espaço para reinterpretação, a menos que se consagre, de uma vez por todas, o entendimento, também ao arrepio da Constituição, de que o STF não é apenas o guardião da Constituição, mas também o seu criador autêntico, o que não o é enquanto viger a Constituição de 1988.

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator da Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, liberou para julgamento as mencionadas ações. Estampa-se o despacho: "Ante o disposto no artigo 20 da Lei n. 9.868/1999, libero o processo para inserção na pauta dirigida do Pleno, sem

prejuízo de a Procuradoria-Geral da República apresentar parecer até a data definida pela Presidência do Tribunal para exame do processo".

De acordo com extrato de acompanhamento processual tirado do *site* do STF, os autos já contam com manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, da Advocacia-Geral da União pelo Poder Executivo, da Mesa do Senado, da Mesa da Câmara e de demais entes, estando, pois, maduro para ser levado a julgamento. Basta que a Presidente do STF pautar a matéria para que, novamente, o pleno de STF se debruce sobre a questão.

Importante e necessário que o Plenário do STF, em sessão presencial, rediscuta a fundo a questão e delibere se a efetividade processual, com a mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência, com assento no artigo 5º, inciso LVII, da CR/88, que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é o caminho criativo e sem base constitucional a ser trilhado pelo Judiciário; ou - afligindo os súditos dessa sofrida e tumultuada República -, se o caminho para a manutenção do estado de direito é o cumprimento da Constituição, sobretudo em períodos de crise institucional como o que ora é presenciado e verificado.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Juristocracia Delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidas pelo ativismo judicial. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck**. Orgs.: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr., Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

ASSIS, Araken. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. In: **Processo e Constituição** - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coords.: Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 14 jul. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BENTHAM, J. **Principles of Morals and Legislation**. London, J.H. Burns & H.A. Hart, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial (v. 4) - dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementas dos acórdãos citados no texto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BRECHT, Bertold. Disponível em:  
<http://litteraturamundi.blogspot.com.br/2013/04/bertold-brecht-1898-1956.html>

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2007.

CALDAS, Roberto Coreia Silva Gomes; LASCANE NETO, Felipe. As condições das penitenciárias no Brasil e o estado de coisas inconstitucional. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. V.2, n. 2, Curitiba, p. 580. Disponível em:  
<http://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1441/PDF>.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: [www.panoptica.org](http://www.panoptica.org). Acesso em: 27 dez. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CHIAVIARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo. In: **Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia**. Milano: Giuffrè, 2000.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá e DA SILVA, Christine Oliveira Peter. **Mutação constitucional: a atuação da "Sociedade Aberta" como protagonista na interpretação da Constituição Brasileira de 1988, Síntese**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? p. 149/150. In: PRADO. Geraldo. MALAN, Diogo. (Coords.) **Processo Penal e Direitos Humanos**. Lumen Juris, 2014.

DA SILVA, Guilherme Barbosa; FÁVERO, Vanessa Rui. As mazelas do vigente sistema penitenciário nacional como indícios de instauração de uma "instituição total: características do estado totalitário no sistema penitenciário brasileiro. In: **Direito penal e constituição** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coords.: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro - Florianópolis: CONPEDI, 2015.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53, dez./jan. 2012.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata e DA SILVEIRA, Gláucio Inácio. In: **O ativismo judicial no direito comparado**. 2008. Disponível em: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/9065>.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El derecho constitucional como derecho. *Revista de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1983.

FERRAJOLI, Luigi in Direito e Razão, **Teoria do Garantismo Penal**. Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 4. ed. rev., 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. - São Paulo: Saraiva. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZOULI, Valério de Oliveira. Direito Penal - **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. V. 4. RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Marco Aurélio, **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNIOR, Auri Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de inocência**: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, Disponível em: [http://www.academia.edu/25564572/Parecer\\_Presun%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Inoc%C3%Aancia\\_Do\\_conceito\\_de\\_tr%C3%A2nsito\\_em\\_julgado\\_da\\_senten%C3%A7a\\_penal\\_condenat%C3%B3ria](http://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria). Acesso em: 28 jun. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito 'cliquet' ou princípio da vedação de retrocesso. *Revista Jus Vigilantibus*, 13 maio 2009. Acesso em: 28 ago. 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Fora da Constituição não há salvação**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/05/1883768-fora-da-constituicao-nao-ha-salvacao.shtml>. Acesso em: 26 set. 2017.

MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. In: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>,

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I/253-257. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juidicas, 1951.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Método, 2014.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal español** - parte general. 5. ed, v. 1. Madrid: Tecnos, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. V. 21. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed., Coimbra: Coimbra.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação Constitucional e Teoria da Concretização, *Revista de Direito Internacional e Constitucional*, ano 19, v. 74, jan./mar. 2011. Coord. Maria Garcia, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARDO, Miguel  ngel Monta es. **Presunción de inocencia**. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona ,1999.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SABATINI, Giuseppe. **Sull'onere dela prova nel processo penale**. La giustizia penale, III, 406, 1952.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibi o de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.



SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Guilherme Barbosa da; FÁVERO, Vanessa Rui. As mazelas do vigente sistema penitenciário nacional como indícios de instauração de uma "instituição total: características do estado totalitário no sistema penitenciário brasileiro. In Direito Penal e Constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coords.: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro - Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TASSINARI, Clarissa. A Supremacia Judicial Confrontada pela crítica hermenêutica do Direito. In Jurisdição e Hermenêutica Constitucional em homenagem a Lênio Streck. Orgs.: Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Nelson Nery Jr., Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. In: **Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política**. *Revista de Direito da GV*, n. 15.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014.

VILANOVA, Lourival. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, ano XIV, jan./jun. 1981, nºs 57/58.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: **Crítica à execução penal**. Org.: Saulo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.