

A photograph showing two hands gripping vertical metal bars, likely in a prison cell. The lighting is dramatic, with strong highlights and deep shadows. A thin red line curves across the middle of the image.

Eduardo Puhl

FLUTUAÇÕES INTERPRETATIVAS NO STF:

O caso das alterações de entendimento sobre a Moldura Normativa do Princípio do Estado de Inocência no Brasil

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**editora
unoesc**

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Paula Stechenski Zaccaron
Capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Projeto gráfico e diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F978f	Puhl, Eduardo. Flutuações interpretativas no STF: o caso das alterações de entendimento sobre a Moldura Normativa do Princípio do Estado de Inocência no Brasil / Eduardo Puhl. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2021. 180 p. : il. ; 23 cm. ISBN: 978-65-86158-66-3 Inclui bibliografia 1. Processo penal - Brasil. 2. Presunção de inocência. 3. Controle da constitucionalidade. I. Título. Dóris 341.4310981
-------	--

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téio

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

Eduardo Puhl

FLUTUAÇÕES INTERPRETATIVAS NO STF:

O caso das alterações de entendimento
sobre a Moldura Normativa do Princípio
do Estado de Inocência no Brasil

Chapecó, SC
2021

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**editora
unoesc**

FLUTUAÇÕES INTERPRETATIVAS NO STF:

O caso das alterações de entendimento sobre a Moldura Normativa do Princípio do Estado de Inocência no Brasil

Aos meus amores.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa e às minhas filhas, pela paciência e renúncia necessárias para a elaboração deste livro. Por serem o que realmente importa, meus amores.

Aos meus pais e aos pais da minha esposa, por nunca duvidarem e por confiarem na minha capacidade, nos meus objetivos e por todo o apoio e suporte que sempre me proporcionaram.

Ao meu orientador e amigo, Professor Doutor Matheus Felipe de Castro, por me mostrar que o Direito vai muito além daquilo que está escrito, pela humildade com que sempre me tratou e por ter me acolhido como orientado, me incentivando sempre a investigar aquilo que instiga a mente humana.

Aos professores José Sérgio da Silva Cristóvam, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz e Chiavelli Fazenda Falavigno pelas inestimáveis contribuições para a minha dissertação de mestrado.

Aos demais professores do mestrado em direito da Unoesc, pelas lições valiosas que levarei para a vida toda.

Aos meus amigos e aos meus colegas de trabalho, que entenderam o sacrifício desta jornada e me apoiaram durante todo este processo.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que contribuíram de alguma maneira para tornar possível a conclusão desta caminhada.

Sou um profissional melhor, sou um professor melhor, mas sou, acima de tudo, um pai e um ser humano melhor por ter trilhado este caminho maravilhoso com o apoio de todos vocês.

Muito obrigado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AP	Ação Penal
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
art.	artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CCJ:	Comissão de Constituição e Justiça
CF:	Constituição Federal
CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil
CGU	Controladoria Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
D.C.	Depois de Cristo
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
Resp.	Recurso Especial
RG	Repercussão Geral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

APRESENTAÇÃO

O velho debate sobre a função de segurança atribuída ao Direito nasce, evanesce e ressurgue aqui e ali sempre com grande intensidade e todos os dias. Já não cabe, contemporaneamente, sequer a velha divisão que separava de um lado as chamadas “democracias consolidadas” das chamadas “jovens democracias”. De sul a norte, de leste a oeste o que assistimos é uma verdadeira crise das instituições liberais que se reflete com grande intensidade, como não poderia deixar de ser, também nos judiciários nacionais, provocando uma pergunta constrangedora: até que ponto o Judiciário é capaz de garantir segurança? Várias questões próprias ao nosso tempo estão imbricadas no texto de Eduardo Puhl, apontando o nó de uma tensão que no Brasil assume contornos dramáticos. Aqui se naturalizou a interpretação judicial como extensiva do âmbito de abrangência de tipos penais, o que estamos vendo ocorrer todos os dias, sem que ninguém questione esse procedimento como violador de princípios iluministas. Já ninguém se recorda ou opõe com grande seriedade a velha concepção de que em Direito Penal somente a interpretação restritiva da abrangência de tipos penais construídos sobre a base de significantes vazios seria legítima. O que tem levado a um aumento significativo de situações que constroem o observador que começa a ver surgirem tipos penais criados judicialmente por analogia ou extensão. No campo do processo penal a situação parece mais dramática ainda, visto que essa área do conhecimento jurídico não estaria sequer acobertada teoricamente por um princípio de não-regressividade interpretativa. O que ficou evidente nos dados recolhidos pelo pesquisador quando constatou uma verdadeira “flutuação interpretativa” na mais alta corte do país sobre um dos direitos fundamentais mais basilares de nossa República,

o estado de inocência. O procedimento funciona de maneira bem simplificada: já ninguém se opõe política e nominalmente a um direito fundamental, mas trata de juridicamente esvaziar o seu conteúdo, ou aceitando que leis infraconstitucionais lhe imponham limitações ou realizando interpretações abertamente decisionistas (para não dizer voluntaristas: o direito é aquilo que nós dizemos que ele é!) sobre o âmbito de abrangência dessas normas, conforme o casuismo do momento e os interesses em jogo. Quando digo que esse procedimento assumiu características dramáticas o digo porque as interpretações mudam com uma velocidade ímpar no interior de Turmas, de Plenos, de Cortes e também na pena de magistrados que não se constroem em sustentar teses antagônicas conforme conveniências momentâneas. Diante de tal diagnóstico, uma atitude ingênua iria no sentido de reclamar pelo paraíso perdido e derramar lágrimas pelo retorno aos bons tempos onde o Direito era levado à sério em seu papel de garantir a segurança reclamada, atitude tomada principalmente por aqueles que vem uma dissonância indesejada entre a teoria e a prática. Outra atitude iria no sentido de questionar se paraísos algum dia existiram ou apenas comporam a narrativa de uma fantasia bem costurada no interior de uma retórica legitimante, atitude daqueles que entendem as teorias e as narrativas como funcionais para a efetivação de certas práticas consolidadas e reprodutoras do mesmo. Claro, o texto não pretende dar respostas a esse problema, mas evidencia essa tensão que reside no interior da estrutura jurídica, da qual participa especialmente o judiciário e que o tem feito coadjuvante privilegiado de uma crise que se alastra por várias dimensões, institucionais, econômicas, sociais, culturais, etc. Compreender essas dinâmicas reais, que se manifestam como restos inassimiláveis pelos discursos bem comportados e oficiais do establishment é fundamental para que possamos assumir, ao menos, uma postura de libertação individual, de equidistância diante

do cinismo que aceita as regras do jogo para dele participar ou da revolta pura e simples que idealiza instâncias e cega as funções que elas cumprem no tecido social. O texto de Eduardo Puhl tem o mérito de apresentar essas e outras tensões, permitindo que cada leitor possa aprender, em sua singularidade, a fazer algo com elas!

Matheus Felipe de Castro

Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos

Fundamentais da Unoesc

Professor do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito e

Acesso à Justiça da UFSC

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	11
INTRODUÇÃO.....	19
CAPÍTULO 1: ESTADO DE INOCÊNCIA.....	27
1.1 Uma questão de semântica: o estado de inocência como superação da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade.....	28
1.2 O que é estado de inocência?.....	35
1.3 Construção histórica do estado de inocência.....	39
1.4 Aplicação do estado de inocência ao processo penal.....	46
1.5 Inocência relativizada: o espetáculo oferecido para aplacar a ira “dos deuses”.....	50
CAPÍTULO 2: ESTADO DE INOCÊNCIA E A DEFINIÇÃO DO MARCO INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.....	59
2.1 Constitucionalização do estado de inocência no Brasil.....	60
2.2 Legislação infraconstitucional: a previsão da LEP e as alterações do CPP.....	64
2.2.1 A necessidade do trânsito em julgado prevista na Lei 7.210/84.....	64
2.2.2 A alteração do Código de Processo Penal em busca da adequação do processo penal para com a norma constitucional e o entendimento do STF por ocasião do julgamento do HC 84.078/09.....	66

2.3 Contextualização: a mídia e o clamor público como vetores de pressão e o discurso do combate à impunidade	69
2.3.1 O Impeachment de Dilma Rousseff.....	74
2.4 A inviabilidade da execução provisória da sentença condenatória e a flutuação interpretativa sobre o tema no supremo tribunal federal.....	75
2.4.1 O HC 68.726/91 e a manutenção da possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória antecedendo o trânsito em julgado.....	77
2.4.2 Julgamento do HC 84.078/09: a adequação do marco inicial para o cumprimento da sentença penal condenatória em respeito à norma constitucional e observância do estado de inocência	82
2.4.3 A mudança de entendimento quanto ao marco inicial para execução da pena por ocasião do julgamento do HC 126.292/16 e a relativização do estado de inocência	89
2.4.3.1 Desdobramentos do HC 126.292	95
2.4.3.1.1 O caso do HC 152.752, o “HC do Lula”.....	98
2.4.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade e a retomada do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco inicial para o cumprimento da pena.....	99
2.4.5 As propostas de leis e emendas constitucionais com vistas a legitimar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença	102
 CAPÍTULO 3: DEMOCRACIA E A NECESSÁRIA SEPARAÇÃO DOS PODERES	 105
3.1 (O significado de) Democracia aplicada ao caso concreto: respeito às regras do jogo	108

3.1.1 A atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal contra a tirania da maioria	115
3.2 Ativismo judicial (ou invasão das esferas de competência).....	121
3.3 Quem é (ou quem deveria ser) o guardião da constituição?	132
3.3.1 O Presidente do Reich como guardião da Constituição.....	134
3.3.2 O Tribunal Constitucional como guardião da Constituição.....	138
3.3.3 Quem, afinal, deveria ser o guardião da Constituição?	142
3.4 Instabilidade, insegurança, desconfiança e o impacto nas instituições democráticas	144
3.5 Crítica: a teoria da moldura normativa como parâmetro decisório.....	148
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS.....	161

INTRODUÇÃO

Este livro é resultado direto da elaboração de dissertação de mestrado desenvolvida no PPGD - Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (Universidade do Oeste de Santa Catarina), que tem por área de concentração as “Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais”.

O livro foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Estudo e Pesquisa “Proteção Das Liberdades Na Sociedade Do Controle”, dentro da linha “Liberdades e devido processo na sociedade punitiva” sob a coordenação do Professor Doutor Matheus Felipe de Castro, por se tratar de pesquisa relativa à possibilidade de restrição da liberdade individual e consequente imposição de pena após o devido processo.

O assunto encontra respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, além de várias outras Cartas de Direitos Humanos, mas, principalmente, por ser albergado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O tema é a Democracia, entendida neste livro como o respeito formal à legalidade estrita, estabelecida dentro de regras do jogo com participação popular. A delimitação do tema compreende as flutuações interpretativas no Supremo Tribunal Federal acerca do estado de inocência e a determinação do marco inicial para o cumprimento da pena e seus possíveis impactos sobre a estabilidade das instituições democráticas, no sentido da sua previsibilidade.

Em relação ao recorte apresentado, recorda-se que em fevereiro de 2016 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* 126.292 e que foi um marco na mudança de entendimento sobre o início

da execução da pena criminal. Nesse acórdão, por maioria dos votos (7x4), a suprema corte brasileira entendeu ser possível a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segunda instância e que essa execução antecipada de pena, ainda que pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário, não ofenderia a Constituição.

Sobre o caso concreto, o paciente daquele HC havia sido condenado em primeiro grau à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e a 13 dias-multa, pela prática de roubo qualificado (art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal). Ressalta-se que o juiz sentenciante fez constar no dispositivo da sentença penal condenatória o direito de o réu recorrer em liberdade. Somente a defesa recorreu da decisão. O apelo defensivo foi julgado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou, mesmo com o trânsito em julgado para acusação, a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado, configurando, assim, a execução provisória da sentença.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC n. 313.021/SP) (BRASIL, 2015), com pedido liminar de revogação da prisão decretada, argumentando constrangimento ilegal infligido pela ordem de prisão que foi expedida sem fundamentação para justificar a execução da pena antes do trânsito em julgado. O pedido liminar foi indeferido pelo ministro presidente Francisco Falcão que determinou o prosseguimento do *writ*. Contra esta decisão, buscando superar a súmula n. 691 do STF, a defesa impetrou novo *habeas corpus*, agora perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki que inicialmente deferiu a liminar, revogando a execução provisória da pena privativa de liberdade. Ao julgar o mérito do *habeas corpus*, entretanto,

o magistrado reviu seu posicionamento e asseverou que a execução provisória de acórdão penal condenatório, mesmo pendente de recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

O relator foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Vencidos os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. A ementa publicada foi no seguinte sentido:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, HC 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016a).

A partir de então se constituiu uma celeuma por conta do texto constitucional, o qual estabelece que a culpa só poderá ser verificada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como o resultado do acórdão permitiu a execução antecipada da sentença penal ocorreu, de fato, uma interpretação diversa da que estava sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo com toda a fundamentação apresentada no inteiro teor do acórdão que julgou o HC 126.292 o tema não foi pacificado, deixando ampla margem para discussão. Isso porque, além da divergência entre os ministros, não houve alteração do texto constitucional. O que

teria ocorrido em relação a norma, para alguns ministros, seria um suposto caso de mutação constitucional decorrente de interpretação hermenêutica diversa da que estava sendo utilizada pelo STF.

Apesar do texto constitucional ser aparentemente claro, como afirmou o ministro Lewandowski em voto vencido, o entendimento da Corte é de que não havia vedação para o cumprimento da sentença penal após a condenação em segunda instância, visto que neste ponto estariam esgotadas as possibilidades de análise de fatos e provas, ilidindo, portanto, o estado de inocência e permitindo, dessa forma, a execução provisória da pena imposta.

Diante dessa mudança de entendimento do STF em relação ao momento que possibilita o cumprimento da pena surge o problema. Como essa mudança nas “regras do jogo” afeta a estabilidade e a segurança jurídica e como isso pode impactar as instituições democráticas? Os princípios da democracia pressupõem que todos tenham as mesmas condições para que se fomente o debate face ao pluralismo de ideias.

Depois do direito à vida, pressuposto para a realização de qualquer outro direito fundamental, o direito à liberdade surge como um dos direitos fundamentais mais importantes a serem tutelados, mormente pela necessidade de estar livre para fruir de outros direitos. Adjacente ao direito de liberdade, de ir e vir, e especificamente nesse caso, percebe-se o direito fundamental à segurança, especificamente segurança jurídica.

Essa condição de previsibilidade de manutenção do *status quo*, das coisas como estão, da homeostasia, é fundamental para o indivíduo – o ser titular de direitos e deveres e que vive em sociedade e que dela participa – planejar a sua conduta, de acordo com seu livre arbítrio, respeitando o ordenamento jurídico ao qual se submete e que permite

ao indivíduo fazer tudo aquilo que não está proibido. É a manutenção dessas condições que permite ao indivíduo pautar suas decisões, sabendo das consequências de seus atos e, por causa disso, calcular seus riscos.

Em outras palavras significa dizer: as regras do jogo estão postas e todos têm ciência; eu sei quais são estas regras e quais são as sanções impostas em caso de violação dessas regras; eu me submeto à estas regras sabendo dos meus direitos e deveres e, agora, eu vou jogar.

Especificamente sobre o caso em análise, que para este livro teve seu gatilho após o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF e seus desdobramentos (o tema ganhou elevada notoriedade após a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), o provimento do tribunal parece ter em conta o sopesamento da norma prevista no art. 5º, LVII, da CRFB/88, no caso tratada como princípio, e justamente por ser tratada como princípio a decisão acabou por “criar direito” em sede de execução de sentença ao permitir o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A hipótese levantada é de que as decisões do STF seriam caracterizadas pelo chamado ativismo judicial e que as flutuações interpretativas decorrentes das frequentes mudanças de entendimento poderiam gerar instabilidade e insegurança jurídica, colocando as instituições democráticas em descrédito e gerando desconfiança do povo.

Para responder o problema assentado, no intuito de confirmar ou refutar as hipóteses levantadas, objetivou-se, de forma geral, verificar as consequências provocadas pela flutuação interpretativa na jurisdição constitucional nos casos envolvendo o estado de inocência e o momento de início do cumprimento da pena criminal no que se refere à separação dos poderes e democracia. De forma específica, buscou-

se analisar o conceito de estado de inocência, sua construção histórica e sua aplicação ao processo penal. Objetivou-se também identificar e determinar o marco inicial para o cumprimento da pena, bem como identificar os casos paradigmáticos de modificação do entendimento do STF acerca deste marco e analisar os julgados para identificar as flutuações interpretativas. Por fim, buscou-se determinar a necessidade da separação dos poderes para a Democracia e verificar os possíveis impactos que as interferências entre os poderes podem gerar para as instituições democráticas.

O referencial teórico adotado foi a Teoria da Moldura Normativa, contida na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A Teoria da Moldura Normativa tem o condão de impor uma limitação à interpretação dos aplicadores do direito, primando pelo respeito à legalidade e às limitações interpretativas impostas pelo ordenamento jurídico de um determinado Estado.

O método empregado para a realização deste trabalho foi o dedutivo e as técnicas de pesquisa variadas. Em relação ao conceito e historicidade do estado de inocência empregou-se uma técnica de revisão bibliográfica, a fim de buscar na literatura os argumentos para suportar a opção semântica, conceitual e construção histórica do estado de inocência até sua constitucionalização como direito fundamental. Na segunda parte, que diz respeito à determinação do marco inicial para o cumprimento da pena e da flutuação interpretativa, utilizou-se a técnica analítico-descritiva, no intuito de analisar as decisões para identificar os casos paradigmáticos de mudança de entendimento sobre o tema, bem como os motivos ensejadores destas mudanças. Por fim, na terceira parte, realizou-se uma análise dogmática e de revisão bibliográfica, com a finalidade de verificar a necessidade da separação dos poderes e os possíveis impactos que a invasão das esferas de competência pode gerar para as instituições democráticas.

O presente livro está estruturado da seguinte maneira: no primeiro capítulo debate-se o estado de inocência e a opção semântica pelo termo, seu conceito, construção histórica e aplicação ao processo penal. O segundo capítulo tem como objeto o marco inicial para a execução da pena, sua base legal, apontando a flutuação interpretativa e os casos paradigmáticos de mudança de entendimento e as propostas para alteração do ordenamento jurídico. O terceiro capítulo analisa a democracia e a separação dos poderes para identificar os possíveis impactos que as mudanças de entendimento provocam nas instituições. Ao final, são apresentadas as conclusões.

CAPÍTULO 1: ESTADO DE INOCÊNCIA

O estado de inocência foi o ponto de partida que orientou o projeto para este livro. Sua interpretação, nível de observância e o tratamento dispensado pelo poder judiciário, principalmente pelos tribunais superiores, dá o tom e representa a qualidade do sistema de persecução penal vigente em um determinado Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 traz insculpido o estado de inocência dentro do capítulo I do título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos e deveres individuais e coletivos, mais precisamente no artigo 5º, LVII, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

Em 2016, quando o tema foi apreciado pelo STF por ocasião do julgamento do HC 126.292, houve um grande impacto que repercutiu intensamente nas mídias sociais e tradicionais, principalmente pela mudança de entendimento que resultou na possibilidade de execução antecipada da sentença penal condenatória, antes do trânsito em julgado, agredindo frontalmente o estado de inocência. A decisão aparentemente extrapolava os limites da moldura normativa imposta pelo ordenamento jurídico. A matéria em questão tem grande relevância para o mundo jurídico pois afeta diretamente o debate acerca dos direitos fundamentais individuais, especialmente a liberdade, inseridos no âmbito constitucional.

Dessa forma, diante da importância que o tema representa para a proteção dos direitos fundamentais e sua repercussão no

mundo jurídico e com o intuito de apresentar e analisar as categorias mais importantes, se faz necessário conceituar o estado de inocência, discorrer sobre suas variações semânticas e verificar como este instituto foi historicamente construído até a atualidade com a sua consequente constitucionalização pelos ordenamentos dos Estados.

Este capítulo, portanto, será dividido em subtítulos, os quais explanarão objetivamente a opção semântica pelo termo “estado de inocência”, seu conceito e sua historicidade. Nos capítulos subsequentes serão analisadas as questões pertinentes ao marco inicial para o cumprimento da pena e os possíveis impactos decorrentes de sua flutuação interpretativa sobre a Democracia.

1.1 Uma questão de semântica: o estado de inocência como superação da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade

A Constituição brasileira não assegurou, expressamente, a “presunção de inocência”, mas o “estado de não culpável”. Ainda assim, alguns poderiam considerar que a expressão “presunção de inocência” estaria mais ligada e seria mais adequada à noção de regra de julgamento. Devido a esta ausência de clareza textual, parte da doutrina nacional procurou distinguir o que se denominou “princípio da não culpabilidade” do “princípio da presunção de inocência.” (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p. 09).

Afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, conforme salientam Lopes Jr. e Badaró (2016, p. 09), pois “seria alinhar-se ao estágio ‘pré-presunção de inocência’ não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática

da Constituição.” No atual estágio de desenvolvimento democrático “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto.”

Para dirimir qualquer dúvida quanto à recepção deste instituto pela Constituição, Lopes Jr. e Badaró (2016, p. 10) afirmam que “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.”

Umberto Eco (2005, p. 28) empresta uma citação de Todorov, que diz que “o texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores entram com os sentidos.” Eco (2005, p. 29) sugere, entretanto, que entre a intenção do autor e intenção do intérprete que “desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva ao seu propósito” existe uma terceira possibilidade, que seria a intenção do texto.

Para salvar o texto, o leitor deve suspeitar daquilo que está oculto no texto, o que as palavras não dizem. A glória do leitor é descobrir que o texto pode dizer tudo, menos o que o autor queria que dissesse. Dessa forma, o leitor real é aquele que compreende que o segredo de um texto é o seu vazio. Existem, contudo, critérios para limitar sua interpretação (ECO, 2005, p. 46).

Um texto separado de seu autor e das circunstâncias concretas de sua criação poderia gerar um leque potencialmente infinito de interpretações (ECO, 2005, p. 48). Toda vez que uma pessoa acha de descobriu uma similaridade, ela sugere outra, numa sucessão interminável. Diante disso, o intérprete tem o direito e o dever de suspeitar que aquilo que julgava ser o significado de um signo na verdade pode ser outro (ECO, 2005, p. 55).

As proposições de Umberto Eco são muito importantes para auxiliar na compreensão do texto constitucional. Como já citado por Lopes Jr. e Badaró, a Constituição alberga a presunção de inocência apesar da ausência das palavras exatas. O momento histórico que se seguiu após as Guerras Mundiais, bem como as Declarações de Direitos oriundas de vários povos pode ter influenciado a construção do sentido da presunção de inocência. Como disse Eco, mais importante do que as palavras escritas é o que não está escrito.

Conforme leciona o Professor Juarez Cirino dos Santos (2019, p. 04) a redefinição da presunção de inocência como presunção de não culpabilidade é arbitrária: a presunção de inocência é um princípio positivo que não pode ser confundido com o princípio negativo da presunção de não culpabilidade, justamente porque esses conceitos não são idênticos e, por isso, não podem ser permutados.

Além de ser um conceito qualitativo da definição de crime, a culpabilidade é um também um conceito quantitativo como medida da pena, de maneira que pode ser graduado conforme as circunstâncias objetivas ou subjetivas do fato. O fato criminoso pode ser mais reprovável ou menos reprovável, o sujeito pode ser mais culpado ou menos culpado – uma plasticidade conceitual utilizada para graduar a presunção de inocência conforme o estágio do procedimento criminal, mas ao preço de esvaziar o princípio constitucional. A inocência, por sua vez, é um conceito qualitativo que não admite qualquer graduação: ou o acusado é inocente ou não é inocente e, portanto, a hipótese de acusados mais inocentes ou menos inocentes é absurda e inviável no processo penal (SANTOS, 2019, p. 04).

Na ocasião do julgamento do HC 126.292 o ministro Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016a, p. 41) afirmou que o “princípio da presunção de inocência adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações

ocorrem.” Dessa forma, Barroso assumiu para si que presunção de inocência e não culpabilidade seriam equivalentes, o que seria um equívoco na lição de Juarez Cirino dos Santos, (2019, p. 04). A cisão parece ser necessária: ou se trata de presunção de não culpabilidade ou se trata de presunção de inocência.

O posicionamento do ministro Gilmar Mendes, por sua vez, demonstra que “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado” (BRASIL, 2016a, p. 72), devendo a presunção de não culpabilidade “evoluir de acordo com o estágio do procedimento.” (BRASIL, 2016a, p. 68). O ministro Gilmar Mendes deixou clara sua opção pelo princípio da não-culpabilidade ao assumir que esta pode sofrer graduações.

Ainda no julgamento do HC 126.292 o ministro Celso de Mello se expressou inequivocamente ao asseverar que a presunção de inocência não se esvazia gradualmente, conforme segue:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (BRASIL, 2016a, p. 93).

A ideia de graduar a presunção de inocência conforme o estágio do processo não é, portanto, uma hipótese viável, que somente seria possível pela redefinição deste conceito como presunção de não culpabilidade, cuja natureza graduável deforma o significado político

do princípio constitucional, levando ao seu esvaziamento (SANTOS, 2019, p. 04).

O estado de inocência, por sua vez, se opõe a um “estado de corrupção”. Somente em um estado de inocência o indivíduo pode buscar a sabedoria e o virtuosismo, o que permitiria sua espontânea busca pela liberdade. No “estado de corrupção” o homem é abandonado pela sociedade, que coloca obstáculos e reduz o indivíduo a uma condição animalesca, tendo em vista que só o conhecimento e a força são capazes de conduzir à liberdade (CATTANEO, 1753, p. 67-68).

O abandono e a redução do indivíduo a uma condição animalesca remetem ao conceito de *homo sacer*. No direito romano arcaico, o *homo sacer* era excluído do *ius humanum* e do *ius divinum*. A vida consagrada, sagrada, no *homo sacer*, implicava a possibilidade de matá-lo sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício. Enquanto membro do *ius humanum* a morte pode ser considerada criminosa, um homicídio. Enquanto membro do *ius divinum*, a vida pode ser sacrificada aos deuses. A vida nua do *homo sacer*, portanto, pode ser incluída sob dois prismas: quanto ao *ius humanum*, a vida do *homo sacer* é incluída como uma vida que pode ser tirada impunemente. Matá-lo já não é mais crime, porquanto não faz mais parte da sociedade. Quanto *ius divinum*, a vida do *homo sacer* é incluída na forma de insacrificável (AGAMBEN, 2010, p. 83-86).

Neste sentido é que se pode afirmar que a vida do *homo sacer*, dentro dessa relação de abandono, estava constantemente exposta a um poder de morte. Abandonada, excluída da esfera do direito dos homens e do direito dos deuses, esta mesma vida é imediatamente incluída na forma de sujeição a um poder soberano, exposta à violência soberana, tornando-se completamente nua (MARTINS, 2016, p. 33).

A vida nua do *homo sacer* não é, entretanto, um dado natural, mas um produto de um ato jurídico-político que se revela parte do significado político-filosófico da figura do *homo sacer*. Este representaria “a figura originária da vida presa no bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política.” (AGAMBEN, 2010, p. 86).

Ao verificar a condição do *homo sacer* na sociedade, relegado ao abandono ou mesmo sujeito à violência soberana, um estado de corrupção, torna-se cada vez mais imperativo separar o acusado de um estado de corrupção, proporcionando as condições necessárias para a elaboração de sua defesa, o que somente seria possível se preservado o estado de inocência.

Giacomolli (2016, p. 113), por sua vez, ensina que as fórmulas “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual e tentar distingui-las seria reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*. Diferenciá-las seria afastar o estado de inocência, partindo da culpabilidade e não da inocência. Não há um estado de “semi-inocente”. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano.

Giacomolli (2016, p. 113) narra o debate acerca do uso destas expressões durante a assembleia constituinte italiana. Após algumas propostas a redação ficou assim: “o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva.” A justificativa é de que houve a necessidade de ser adotada uma “fórmula menos drástica”. Falar em presunção de inocência seria “algo de natureza romântica”, enquanto a redação aprovada constituiria “uma expressão de alguma exigência

concreta.” O objetivo era tornar mais clara a ideia manifestada por todos aqueles que consideram o réu inocente até que não tenha sido definitivamente condenado. Mesmo os contrários à garantia concordavam na equivalência das expressões. Embora em alguns diplomas conste “culpa”, “culpado”, trata-se de culpabilidade, de censurabilidade criminal da conduta do agente, diferentemente do elemento típico culpa (imperícia, imprudência e negligência).

Dessa forma, torna-se inegável a necessidade de tornar preciso o estado de inocência. Em essência, o ser humano nasce inocente e permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo legal, respeitando as garantias constitucionalmente impostas. Assim, a presunção – que não passa de uma hipótese – se diferencia do estado de inocência, que na perspectiva de essência do ser apresenta características induvidosas, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente (GIACOMOLLI, 2016, p. 113).

Diferenças semânticas são importantes e existem por uma razão. Como visto, não há possibilidade de se confundir a não culpabilidade, que aceita uma graduação, com inocência, onde o indivíduo ou é ou não é inocente. A opção deste livro por trabalhar com a ideia de estado de inocência, deixando de lado a presunção de inocência tanto quanto a presunção de não culpabilidade, se justifica, portanto, pela análise dos conceitos já expostos, tendo em vista que o termo “estado de inocência” se revela como aquele que confere mais direitos de defesa ao acusado e que melhor se coaduna ao Estado Democrático de Direito para a proteção da liberdade e contra as arbitrariedades com vistas a limitar o poder punitivo do Estado.

1.2 O que é estado de inocência?

O ordenamento jurídico brasileiro consagra um modelo acusatório de persecução penal. A separação das funções de acusação e julgamento corrobora esta afirmação, pois a promoção da ação penal pública é atribuída privativamente ao Ministério Público, conforme se depreende a partir do artigo 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). A adoção desse modelo acusatório implica a observação de direitos e garantias fundamentais e, de forma especial, o estado de inocência.

A estrutura do sistema acusatório no ordenamento pátrio foi corroborada com a publicação da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, que alterou o Código de Processo Penal e incluiu o art. 3º-A, estabelecendo que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (BRASIL, 2019a).

A estrutura acusatória e, por conseguinte, a previsão do estado de inocência, representam, portanto, uma importante limitação ao poder de punir do Estado, principalmente quando se entende que a persecução penal deve ser orientada a provar de forma inequívoca a culpa do agente (LIMA; MOTA, 2018, p. 755).

Para Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 250) o princípio da presunção de inocência possui uma eficácia irradiante, pois projeta seus efeitos como

direito informador do sistema, desde a elaboração legislativa, controlando a constitucionalidade de leis eventualmente violadoras do conteúdo daquele direito fundamental, até a aplicação e interpretação normativa feita por órgãos do Executivo e, principalmente, do Judiciário.

Segundo a lição de Aury Lopes Jr. (2015, p. 92-93), a presunção de inocência tem o *status* de princípio reitor do processo penal, cujo nível de observância pode ser utilizado como parâmetro para verificar a qualidade de um sistema processual, impondo um dever de tratamento que exige que o réu seja tratado como inocente até o trânsito em julgado. Na sua dimensão interna, significa dizer que a carga probatória cabe inteiramente ao acusador e que a existência de dúvida deva necessariamente conduzir para a absolvição do acusado. Externamente, o estado de inocência implica proteção contra publicidade abusiva da mídia em relação ao fato criminoso.

A importância deste instituto pode ser verificada pela comparação dos ordenamentos jurídicos de outros países. Como bem apontado por Ashworth (2006, p. 75), pelo fato de a presunção de inocência encontrar um lugar em todos os documentos de direitos humanos conhecidos, pode-se assumir que seja um dos direitos menos controversos. Esta observação complementa e reforça a importância que o estado de inocência tem para a proteção dos direitos fundamentais.

Para que seja possível verificar a culpa de uma pessoa é necessário submetê-la a um processo penal em que sejam observados todos os seus direitos constitucionais, garantindo ao acusado um devido processo legal e a submissão desta acusação ao contraditório e a ampla defesa, possibilitando à autoridade judicial um provimento justo ao final da instrução.

A jurisdição, portanto, é uma atividade necessária para obter a prova de que um indivíduo cometeu – ou não – um crime. Dessa forma, nenhum crime pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado e nem submetido a pena sem que tenha sido submetido a jurisdição. Sendo assim, o princípio de submissão à

jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Como visto, Luigi Ferrajoli expõe de maneira clara e precisa que a formação da culpa do acusado não é automática, tendo em vista que para sua consolidação é imprescindível a submissão do acusado à jurisdição e posterior sentença. Até lá, para o autor, a inocência do indivíduo se presume, pois cabe à acusação a comprovação da culpa do acusado. Não há inversão da prova, não é o acusado que deve provar sua inocência. O acusado goza de um estado de inocência até que se prove a sua culpa de maneira inequívoca.

A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo. Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Ao considerar que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos crimes, mas também pelas penas arbitrárias, a consequência lógica é que a presunção da inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança que o Estado de Direito fornece aos indivíduos e que se expressa pela confiança na justiça. O respeito ao estado de inocência é uma forma de o Estado conservar a confiança e a segurança necessárias para a jurisdição penal e a manutenção dos valores políticos que a legitimam. O temor do indivíduo diante da jurisdição é fator indicativo de falência do sistema penal (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Na lição de Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 92), a expressão “presunção de inocência”, cunhada no iluminismo, exprime a ideia de que “a maioria dos homens é honesta e não criminoso e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição.” Dessa forma, persistindo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o desejável seria manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecendo sua culpa, que é exceção à regra. O ônus da prova, decorrente da observação dessa regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegada à acusação.

O conteúdo do estado de inocência, portanto, pode ser deduzido a partir das citações anteriores. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o estado de inocência impõe uma regra de tratamento de que todo indivíduo é considerado inocente por natureza. Em segundo lugar, que o estado de inocência só pode ser alterado após um devido processo legal que comprove, sem sombra de dúvidas, a culpabilidade do acusado, de maneira que somente o Estado-juiz possa lhe atribuir culpa e sentenciá-lo, em respeito ao princípio da jurisdição.

Dessa forma, diante das características consolidadas, é possível extrair o conteúdo essencial do estado de inocência, o qual pode ser elencado da seguinte maneira: a) todo acusado deve ser considerado inocente até que se prove o contrário, porque o ser humano nasce num estado de inocência e só assim pode buscar plenamente sua liberdade; b) o ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa; não há inversão do ônus carga probatória dentro de um processo penal democraticamente constitucional e c) o estado de inocência somente pode ser alterado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LIMA, 2016, p. 19).

A distinção entre estado de inocência e presunção de inocência ou mesmo da presunção de não culpabilidade realizada no anteriormente levou à determinação do conceito de estado de inocência enfrentada

neste ponto, de forma que se faz necessário inventariar a construção deste instituto na história, assunto que será enfrentado no tópico seguinte.

1.3 Construção histórica do estado de inocência

Os primeiros sinais sobre estado de inocência podem ser encontrados nos *Digestos* romanos. Nesse período consolidaram-se alguns brocardos, como o *qui tacet, non utique fetetur* (quem cala nem sempre confessa), demonstrando que o silêncio dos acusados, ainda que não represente a negação do cometimento do delito, também não poderia ser considerado como uma confissão de sua prática, dando sinais de um avanço no tocante às garantias dos acusados, principalmente através da fixação de diversas enunciações do *Corpus Juris Civilis*, publicado em 533 D.C., onde se encontram os prenúncios do princípio que se convencionou chamar de *favor libertatis* (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 67).

A primeira enunciação legal do princípio de submissão à jurisdição se encontra no parágrafo 39 da *Magna Charta* inglesa de 1215: “*Nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.*” Nessa formulação, podemos encontrar três garantias fundamentais: a) o *habeas corpus*, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a reserva de jurisdição em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao “juízo legal” de um sujeito imparcial e independente; c) a presunção de inocência, por força da qual sem um

“juízo legal” e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

Para Ferrajoli (2002, p. 441) o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias medievais. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.

Conforme Giacomolli (2016, p. 110), na Idade Média, em uma estrutura de processo penal inquisitorial, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. A inocência somente era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), bastando um mero indício para formar um juízo condenatório. Por esse motivo o estado de inocência assumiu uma função relevante em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova durante a transição dos modelos históricos inquisitorial para o acusatório.

O estado de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da inocência dos cidadãos. O CPP francês de 1808 instituiu o denominado “sistema misto”, confiado como modelo a toda a Europa continental, tido como um avanço em relação à legislação anterior, principalmente ao CPP francês de 1670. O estado de inocência permaneceu comprometido em relação à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, rompeu com o *Ancien Régime* ao incorporar

expressamente o estado de inocência, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão (GIACOMOLLI, 2016, p. 110).

Com a valorização do indivíduo, que passaria então a ser considerado um sujeito de direitos, não mais como um simples objeto do processo, surgiria a chamada “era dos direitos”, com a construção dos direitos humanos sendo concretizada por meio da elaboração das diversas declarações (BOBBIO, 2004, p. 26).

Para Salo de Carvalho (2005, p. 51) o marco principal do ressurgimento do estado de inocência ocorreu em pleno iluminismo, ao final do século XVIII, na Europa Ocidental, pela insurgência contra o sistema penal inquisitório, em que a obra “Dos Delitos e Das Penas”, de Cesare Beccaria, teve grande influência.

Esta obra foi um marco para a dogmática jurídica penal dessa primeira fase da formação das declarações. Com ela, Beccaria começou a fundamentar a base daquelas que seriam, em um momento posterior, pressupostos dos direitos e garantias individuais frente ao poder opressor do Estado (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 70).

Conforme a lição de Beccaria (2012, p. 47), ninguém pode ser condenado como criminoso até que sua culpa seja provada, nem a sociedade poderia lhe retirar a proteção pública até que tenha sido provado que houve violação das regras pactuadas.

Tanto o princípio de submissão à jurisdição como a presunção de inocência do imputado foram adotados no art. 8º da Constituição da Virgínia e nos artigos 7º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (FERRAJOLI, 2002, p. 442).

As cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França – desde a *Magna Charta* de 1215 até o *Bill of Rights* de 1689 – traziam direitos ou liberdades, mas estes não eram reconhecidos como existentes antes do poder soberano. Eram concedidos, como num

ato unilateral, pois sem a concessão do soberano o súdito não teria qualquer direito (BOBBIO, 2004, p. 94).

A garantia da observância do estado de inocência, portanto, surgiu em face das práticas do *Ancien Régime* contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade (GIACOMOLLI, 2016, p. 113).

Essa garantia, no entanto, sofreu um duro golpe com a ascensão dos estados totalitários na década de 30 do século XX, especialmente, quando se trata do regime fascista na Itália de Mussolini e na Alemanha nazista de Hitler. Nesses estados, realçou-se a supremacia do controle social em detrimento das liberdades individuais, rebaixando os direitos individuais para objetos secundários no foco das prioridades governamentais, uma vez que o objetivo principal seria a manutenção do poder e do regime dominante (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 71).

Uma grave crise humanitária se originou após a ascensão dos governos totalitários, culminando na deflagração da segunda guerra mundial, o que levou a comunidade internacional a se movimentar em prol de assegurar a garantia à proteção dos direitos humanos, resultando daí o documento reconhecido como Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948 (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 72).

Apesar da ausência de força vinculante direta da DUDH sobre os textos constitucionais dos países signatários, ela representou um verdadeiro termo de compromisso assumido por estes. Bobbio (2004, p. 26) afirma que o documento “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser humanamente fundado e, portanto, reconhecido”, ou seja, o documento passou a inspirar um comportamento ético e moral para os países signatários.

O art. 11 da DUDH, proclamada em 1948 pela Assembleia das Nações Unidas, em face dos tirocínios da Segunda Guerra Mundial, das fortes transgressões aos direitos humanos, bem como da expectativa de que as violações poderiam ser acauteladas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o “princípio da presunção de inocência” como uma garantia do devido processo (GIACOMOLLI, 2016, p. 110).

Conforme relata Giacomolli (2016, p. 110), a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, firmada em Roma em 1950, estabelece que o estado de inocência é um princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais, ao afirmar que “toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada.”

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, em 1948, consagra o estado de inocência, o qual foi inserido no tópico “Direito a um Processo Regular”. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, também estabeleceu garantias judiciais e, dentre elas, o estado de inocência ao assegurar que esta seja presumida até que a culpa do acusado seja legalmente comprovada. O Brasil confirmou a adesão a este documento com a promulgação do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (GIACOMOLLI, 2016, p. 110).

O Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2002), instituído pelo Estatuto de Roma em 1998, também faz a previsão expressa sobre o estado de inocência no âmbito do Direito Penal Internacional. Todo indivíduo será considerado inocente enquanto não for provada a sua culpa no Tribunal, conforme o direito aplicável. Caberá ao Promotor o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Para proferir sentença

condenatória, o Tribunal deverá estar convencido da culpabilidade do acusado além de toda dúvida razoável.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos estabeleceu, em 1981, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, prevendo o estado de inocência dos acusados em seu artigo 7.1.2, ao estabelecer que a culpabilidade deve ser reconhecida por um tribunal competente. Importante ressaltar que o texto de origem africana traz outro importante avanço para o instituto, ao reconhecer que o estado de inocência permanece intacto até o julgamento pelo órgão colegiado, reconhecendo a necessidade do duplo grau de jurisdição para que seja determinado o estado de culpabilidade do acusado (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 74).

Dessa forma, o princípio do estado de inocência firmou-se como um dos mais importantes postulados a ser observados pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, estabelecendo como peça-chave, de presença obrigatória no rol das garantias individuais (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 74).

No Brasil, entretanto, quando se afirmou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o estado de inocência não era previsto de forma expressa pelo ordenamento jurídico. De acordo com Christopoulos e Malta (2017, p. 68), a primeira vez que a presunção de inocência foi elevada ao patamar de norma constitucional foi com a promulgação da Constituição de 1988, em decorrência do movimento constitucional decorrente de um período de redemocratização e contrário ao regime militar até então vigente.

Antes disso, o Brasil adotava uma posição diametralmente oposta ao estado de inocência. Segundo o texto do artigo 20 do Decreto-Lei n. 88/1937 que faz referência ao processamento dos crimes de competência do tribunal de Segurança Nacional, “No processo dos

crimes de competência do Tribunal (...) presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.” (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 76).

Essa situação de desrespeito aos direitos fundamentais perdurou até meados da década de 80, momento em que finalmente desmoronou o governo militar, em virtude da crise econômica e política contextualmente situada e também à pressão popular que tomou conta das ruas, voltadas à redemocratização do Brasil (JESUS; BRAGANÇA, 2017, p. 77).

Norberto Bobbio (2004, p. 40) recorda que a luta pela afirmação dos direitos humanos no interior de cada Estado foi geralmente acompanhada pela instauração de regimes representativos que optaram pela dissolução de um modelo de Estado de poder concentrado. Com o Brasil não foi diferente.

O estado de inocência foi então positivado no art. 5º, LVII, da Constituição, segundo a qual um indivíduo só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, fornece uma importante complementação para este conceito. O Decreto-lei 4.657/42 (BRASIL, 1942), a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), traz a definição de coisa ou caso julgado. De seu art. 6º, §3º, se extrai que a decisão de que não caiba mais recurso chama-se de coisa julgada.

Assim, da relação de complementariedade entre a Constituição de 1988 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, depreende-se que somente após o esgotamento das vias recursais haverá coisa julgada e conseqüente consolidação da culpa. Ou seja, para o ordenamento pátrio em vigor, o estado de inocência acompanha

o indivíduo por toda a persecução penal, até o trânsito em julgado, quando inexistem recursos a serem opostos.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, as discussões acerca do estado de inocência não cessaram e o ordenamento foi se adaptando gradativamente. O art. 594, do Código de Processo Penal, que negava ao réu o direito de apelar da sentença condenatória caso não tivesse bons antecedentes, só foi revogado em 2008, vinte anos após a promulgação da Constituição, com a publicação da Lei 11.719.

1.4 Aplicação do estado de inocência ao processo penal

Seguindo a lição de Ferrajoli (2002, p. 84-85), a opção entre um direito penal máximo e um direito penal mínimo, ou mesmo entre um direito democrático e outro autoritário, deriva de uma escolha: máxima eficiência do direito penal a ponto de se cogitar condenar inocentes ou absolver o maior número de inocentes com o custo de se absolver culpados?

O processo penal não pode ser definido apenas como um instrumento de aplicabilidade de punição estatal. Deve ser entendido também como um meio através do qual se garanta a liberdade legal dos réus. Dessa forma, é possível afirmar que o processo é efetivamente o uso e aplicação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição (SOARES; RORATO, 2018, p. 372).

Segundo a lição de Zaffaroni (2018, p. 20) o modelo punitivo é verticalizado. Ele aparece quando as sociedades vão ganhando a forma de exércitos com classes, castas, hierarquias. Este modelo surgiu em vários lugares, sempre que uma sociedade organizou uma hierarquia verticalizada.

Uma sociedade de estrutura verticalizada proporciona um grande poder punitivo, um poder colonizador, imperial. Quando esse poder se solidifica a ponto de imobilizar a sociedade, o sistema perde flexibilidade de adaptar-se às novas circunstâncias e torna-se vulnerável (ZAFFARONI, 2018, p. 21).

Conforme leciona Schumpeter (2017, p. 396) um tratamento racional do crime requer que a legislação sobre a matéria esteja protegida dos arrebatamentos de sentimentalismo, aos quais os leigos são propensos a se entregar alternativamente.

Esse tratamento racional deve ser empregado no processo judicial, em especial o processo penal, que é o principal âmbito de aplicação da presunção de inocência. Sustenta-se reiteradamente que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo o processo penal. Assim, a presunção de inocência “serve de base a todo procedimento criminal e condiciona a sua estrutura, constituindo um dos princípios cardiais do Direito Penal contemporâneo, em suas facetas substantiva e formal.” Neste sentido, a presunção de inocência atuaria “como limite ao poder legislativo e como critério condicionador das interpretações das normas vigentes.” (BELTRÁN, 2018, p. 156).

Uma vez determinada a lista das garantias processuais penais, constitucionalmente protegidas, incumbe entender que estas são exatamente as que constituem um limite ao legislador em sua competência reguladora do processo penal: o legislador não poderia desenhar o processo penal de forma a se violar algum desses direitos subjetivos considerados fundamentais. Pode se dizer a mesma coisa sobre os limites impostos aos juízes e tribunais em suas decisões interpretativas (BELTRÁN, 2018, p. 157).

Sobre os limites impostos pela lei, Nilo Batista (2019, p. 65) afirma que o princípio da legalidade, além de ser a base estrutural do próprio

Estado de Direito, também é uma pedra fundamental de todo o direito penal que respeite a segurança jurídica. Este princípio garante, inclusive, que o indivíduo não será submetido a uma coerção penal diferente daquela que foi positivada em lei.

A garantia processual que a presunção de inocência concede aqui, portanto, supõe que o Estado está impedido de tratar o cidadão de outra forma que não seja como inocente até que, depois de um processo com todas as garantias, se declare provada a sua culpabilidade. O que a regra de tratamento impõe é que o Estado (inclusive o próprio juiz da causa) não pode submeter o imputado a nenhum tratamento nem tomar qualquer decisão no curso do processo que conjecture a antecipação da condenação e, em consequência, da pena (BELTRÁN, 2018, p. 158-159).

Para Foucault (2014, p. 96), a verdade do crime seria como uma verdade matemática que só poderia ser admitida se inteiramente comprovada, pois até a demonstração final do seu crime, o acusado deve ser reputado inocente.

Além disso, não basta que incida sentença que declare a condenação para que a presunção de inocência ceda: essa declaração deve ser a conclusão de um procedimento probatório com todas as garantias processuais, ou seja, de acordo com a lei. Nos termos do Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.2) “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpabilidade conforme a lei.” (BELTRÁN, 2018, p. 163).

Para Giacomolli (2016, p. 114) o conteúdo endoprocessual do estado de inocência destina-se principalmente ao magistrado e ao órgão acusador. Dessa forma, o estado de inocência incorpora uma importante regra de tratamento a todos os suspeitos e acusados. Partindo da inocência e não da culpabilidade do réu, incumbe à

acusação o encargo de afastar o estado de inocência (e não à defesa demonstrá-lo), em todas as dimensões processuais: autoria, existência do delito, suficiência de provas para embasar um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão.

A tutela do estado de inocência se aplica aos procedimentos onde haja possibilidade de restrição de direitos ou sanção à condição, conduta ou atividade da pessoa, aplicando-se ao processo administrativo tanto quanto ao processo penal. Todas as pessoas, inclusive os agentes públicos – como policiais, Promotores de Justiça ou até mesmo os Juízes – independentemente de estarem sendo submetidas a algum procedimento, estão protegidas pelo estado de inocência. Ao magistrado, especificamente, é vedado concordar antecipadamente à hipótese acusatória, sendo impedido de proferir juízo condenatório antes do prévio exaurimento probatório da acusação, mediante o devido processo legal (GIACOMOLLI, 2016, p. 114).

Segundo Beltrán (2018, p. 163), para derrotar a presunção de inocência a sentença deve cumprir cinco requisitos para, somente então, declarar a culpabilidade do imputado: a) a sentença deve ser a conclusão de um procedimento no qual tenha ocorrido, ao menos, uma mínima atividade probatória; b) que possa ser considerada prova de autoria; c) produzida pela acusação; d) praticada em um juízo oral; e, e) que tenha sido obtida respeitando todas as garantias constitucionais e legais.

Analisando as teorias existentes em relação ao direito processual contemporâneo e os direitos fundamentais, o princípio *in dubio pro reo* é classificado como um item essencial do estado de inocência, tendo em vista que se trata de uma garantia constitucional. De acordo com alguns juristas, ao mesmo tempo em que o princípio da legalidade faz oposição a condenação por um fato que não esteja descrito na norma legal, a dúvida determina que não poderá existir punição. Desta forma,

qualquer tipo de ação tomada durante o processo, ou até mesmo nos recursos, não poderá suprimir o princípio do *in dubio pro reo* sob pena de relativizar o estado de inocência (SOARES; RORATO, 2018, p. 372-373).

A presunção de inocência, em sua faceta de regra de julgamento, aplica-se ao momento da valoração da prova, de modo que se a prova presente nos autos é insuficiente para demonstrar a culpabilidade do acusado, a dúvida se resolve a favor da inocência dele. Esta faceta da presunção de inocência, como regra de julgamento, é crucial se a presunção de inocência deve julgar um papel de garantia processual do cidadão (BELTRÁN, 2018, p. 169).

Após o estado de inocência ter a sua importância devidamente destacada, bem como pela verificação de sua incorporação em vários documentos internacionais, parece-nos que a observância desse instituto seria algo seguro e garantido. Quando se fala em execução da pena, entretanto, verifica-se que em alguns momentos o estado de inocência por ser relativizado. No próximo ponto deste livro demonstrar-se-á como a espetacularização pode relativizar a inocência.

1.5 Inocência relativizada: o espetáculo oferecido para aplacar a ira “dos deuses”

Um importante conteúdo extraprocessual deve ser extraído do estado de inocência, principalmente no que diz respeito à proteção externa à pessoa do suspeito, acusado ou condenado, cuja publicidade abusiva incrementa a estigmatização pelo procedimento, seja pelo fato de estar sendo investigado, seja por estar preso ou sendo processado (GIACOMOLLI, 2016, p. 114).

Ao rotular o acusado se estabelece um espetáculo midiático, condenando-o antes mesmo da prestação jurisdicional,

independentemente de quem seja o indivíduo. Se o indivíduo for conhecido, entretanto, além do espetáculo montado para saciar a sociedade sedenta por vingança, as chances deste sujeito servir como bode expiatório podem aumentar consideravelmente. Este espetáculo midiático¹ abrange tanto os meios audiovisuais quanto os meios escritos.

Uma atividade de produção de meios escritos inteiramente isenta de posições subjetivas esbarra nas próprias condições de produção do texto. Isso porque, de acordo a Análise Crítica do Discurso, os sentidos não são dados *a priori*, mas edificados por indivíduos ou grupos que, enquanto sujeitos sócio-históricos, desenvolvem e interagem com textos elaborados a partir de contingências atreladas a estruturas e processos sociais, dos quais tomam parte (LIMA, 2017, p. 1003).

René Girard, autor da obra “Bode Expiatório”, constrói um sistema para explicar a origem da cultura e a estrutura de violência nas sociedades. Para ele a articulação dos diversos fenômenos sociais opera através da íntima relação do sagrado com a violência. O sagrado é utilizado pela sociedade diante da ameaça de violência generalizada. Este processo é a própria fundação da cultura. O processo de passagem da indiferenciação para a diferenciação social está no âmago de sua tese (SCHULTZ, 2004, p. 09).

No que tange o estado de inocência, a contextualização histórica e a forma como o STF têm tratado o problema, bem como pela pressão que grande parcela da população descontente tem feito e que pode ser observada pelas redes sociais, o sentimento de anomia encontra na escolha de um bode expiatório a perspectiva de uma apaziguação

¹ De acordo com Mario Vargas Llosa (2013, p. 44), a civilização do espetáculo banalizou a política de uma forma tão pronunciada quanto a literatura, o cinema e as artes plásticas, fazendo com que a publicidade e seus slogans, lugares-comuns, frivolidades, modas e manias, ocupassem quase que inteiramente a atividade que era antes dedicada a razões, programas, ideias e doutrinas. Atualmente, o político que quiser conservar sua popularidade deverá priorizar o gesto e a forma, que importam mais do que valores, convicções e princípios.

social e uma solução para os problemas relacionados à impunidade e criminalidade. Nesse caso, o “bode expiatório” pode transcender a pessoa, atingindo de maneira letal o direito fundamental à liberdade e o estado de inocência em si.

A indiferenciação gera a rivalidade generalizada, fazendo o grupo social sentir-se ameaçado. Diante da ameaça, o grupo cria mecanismos coletivos de diferenciação, sendo que a primeira solução diante da crise é o sacrifício vitimizador, que direciona para uma única vítima a violência que envolve todas as rivalidades colidentes que ameaçam a sociedade. O sacrifício será feito em nome do grupo. Esta vítima fundadora, ou bode expiatório, é o cerne da diferenciação primeira das sociedades: a comunidade de um lado; a “vítima” do outro (SCHULTZ, 2004, p. 09).

Após experimentar os benefícios da violência fundadora como solução para a crise que viveu, a sociedade tende a buscar meios para perpetuar esta estabilidade, passando a ritualizar frequentemente o sacrifício. A vítima que catalisa todo o mal do grupo passa a ser fonte de todo o bem e toda a paz na comunidade (SCHULTZ, 2004, p. 10).

A escolha de uma pessoa que sirva de bode expiatório, sofrendo uma punição exemplar, poderia auxiliar a diminuição da impunidade e criminalidade, aplacando a ira do restante da sociedade sedenta por vingança. Como visto acima, a paz da comunidade se perpetua na estabilidade. No caso do estado de inocência, e de acordo com boa parcela da população e dos Ministros do STF, a estabilidade viria com a antecipação da condenação, executando a pena provisoriamente antes do trânsito em julgado.

As soluções sociais pacificadoras são, então, direcionadas para a figura do bode expiatório. É um processo de transferência da violência generalizada para uma vítima expiatória. A ameaça coletiva é condensada numa só vítima; do ameaçador “um contra o outro”

passa-se para pacificador “todos contra um”. A violência que ameaça a comunidade é transferida para uma vítima escolhida: o bode expiatório (SCHULTZ, 2004, p. 11).

A violência sacrificial não é violenta em si, pois está sempre orientada para a paz. A violência sacrificial é apaziguadora, reconciliadora, terminal, decisiva. Para que cumpra seu papel enquanto última palavra da violência, o sacrifício precisa de uma vítima pacata. A vítima sacrificial não pode reagir ou devolver a violência; não pode vingar-se. Por isso, a vítima é sempre alguém à margem da sociedade. O sacrifício é uma violência sem possibilidade de vingança (SCHULTZ, 2004, p. 12).

A pessoa privada de liberdade parece se encaixar perfeitamente na descrição acima. Encarcerado o ser humano não oferece resistência, está isolado e à margem. Quando o grupo oferece a liberdade individual do homem para aplacar a fúria do grupo, a mitigação do estado de inocência vem ao encontro do que é descrito como bode expiatório.

Lançar mão da utilização da figura de um bode expiatório como forma de introduzir um discurso contra a impunidade e a criminalidade não parece ser suficiente para a pacificação social. Se o troféu não puder ser ostentado, ele pouco vale. É dessa forma que a espetacularização do processo penal ganha *momentum*.

No palco da democracia contemporânea, ter visibilidade torna-se fundamental e a presença insistente nos meios de comunicação permite uma exposição pública de prestação de contas que parece essencial à democracia. Nesse sentido, os atores sociais são compelidos a (re)elaborar e (re)significar suas estratégias comunicativas, modificando os discursos conforme os recursos disponíveis e os interesses buscados (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 203).

De fato, a ilusão da objetividade do discurso é construída mediante estratégias camufladas de persuasão e controle. Os grandes conglomerados que detêm o controle das agências midiáticas têm o poder de determinar a agenda da discussão pública, a relevância dos tópicos e, sobretudo, de qual maneira cada ator político deve ganhar espaço (LIMA, 2017, p. 1014).

As transformações sociais, econômicas e políticas, ocorridas ao longo da segunda metade do século XX colaboraram para o deslocamento dos tribunais para o centro do debate público em que alguns membros do Poder Judiciário, especialmente em sociedades democráticas e plurais, assumem um papel de destaque, estando cada vez mais expostos e ajustando-se a diferentes roteiros (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 203).

No caso sobre o estado de inocência e o cumprimento antecipado da sentença penal o STF definitivamente ganhou destaque nas mídias, mormente pela relevância que o assunto tem para a sociedade, tendo em vista que, independentemente da decisão proferida pela corte, sempre haverá uma parcela de sujeitos insatisfeitos tecendo argumentos para justificar sua escolha.

A Constituição de 1988, entretanto, atribuiu ao STF uma disposição institucional e funcional *sui generis*. As decisões judiciais de grande repercussão política e social têm ocupado as primeiras páginas de jornal, revistas, noticiários televisivos e redes sociais. Os juízes têm sido questionados acerca de suas decisões pelos mais variados meios de comunicação e isto pode levar a contradições (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 204).

Os conflitos entre a esfera política e a esfera jurídica estão quase sempre cercados pelos discursos da mídia, gerando diferentes desdobramentos em relação à imagem e percepção do Judiciário,

especialmente do STF e de seus ministros. À medida que o tribunal passa a decidir com mais frequência sobre questões relevantes do cotidiano dos cidadãos, maior exposição e visibilidade este ator alcança nos meios de comunicação. A ideia do Judiciário como o último reduto político-moral da sociedade é uma situação preocupante e complexa, que pode ocasionar efeitos desastrosos para as práticas democráticas (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 205).

Uma espetacularização do processo penal conduz a sociedade a protestar por condenações, vulgar e equivocadamente, associada com justiça. As garantias são as barreiras para este “desfecho justo”. Realidade e ficção invertem a lógica na sociedade do espetáculo: o real surge do espetáculo e o espetáculo é real. Consequência: não há sentido buscar a limitação disso através do respeito às garantias processuais, pois o espetáculo não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo (ROSA; OLIVEIRA; LOPES JÚNIOR, 2019).

Com a abertura política, o STF passou a manifestar-se com maior frequência e a buscar novamente seu espaço entre os poderes políticos, repovoando o imaginário popular como verdadeiro contraponto às questões políticas em disputa (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 208).

Sob a presidência do ministro Marco Aurélio, o STF passou a veicular ao vivo suas sessões de julgamento, transmitindo-as em canal de televisões a cabo e por satélite. Os ministros do Supremo passaram a sofrer uma superexposição midiática, cujos efeitos positivos ou negativos ainda não são consenso na literatura acadêmica (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 208).

Estas iniciativas seriam uma tentativa do STF de formar uma imagem positiva junto à população brasileira para buscar uma legitimação como um poder democrático. Nem sempre, contudo, a imagem que o Poder Judiciário idealiza sobre si mesmo se aproxima

da imagem retratada pela mídia, pois as condições de produção e reprodução dos discursos e das práticas judiciais estão conectadas a diferentes concepções políticas, ideológicas e históricas. A espetacularização de processos judiciais pode gerar julgamentos precoces e perniciosos ao andamento processual, principalmente sobre a aplicação das garantias constitucionais (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 209).

A exibição das sessões do STF pode trazer maior transparência às atividades judiciais e aproximar o Poder Judiciário da população, tanto quanto pode gerar pressões e conflitos. Por mais que as transmissões possam popularizar a corte, a forma de atuação também atrai atenção sobre as divergências e a individualidade de cada ministro (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 209).

Vivemos o tempo do desejo coletivo pelo uso da narrativa do crime e da imposição do castigo. Adversários não devem ser derrotados, mas eliminados, seja pela eliminação física – por meio da força estatal – seja pela eliminação da participação, com a segregação imposta pela pena. Paralelamente, o desejo de encarceramento cresce de braços dados com a insegurança, a crise econômica, o desemprego e a violência. A consequência é a apropriação do medo pelo discurso político e judicial, e o consequente crescimento da onda do populismo penal que atinge o cenário eleitoral e judicial (BELLO, 2019).

A coletividade que se baseia na indústria moderna não é acidental ou superficialmente espetacular, ela é fundamentalmente “espetaculoísta”. No espetáculo – a imagem da economia reinante – o fim não é nada, o desenrolar é tudo. O espetáculo não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo (DEBORD, 1997, p. 17).

A curiosidade corrói as vastas maiorias formadoras da “opinião pública”. Essa vocação maledicente, fútil, dá o tom cultural da atualidade.

A imprensa, tanto a séria quanto a sensacionalista, se vê obrigada a atender essa demanda, em graus diversos e com habilidades e formas diferentes. A catástrofe “ameniza” a vida das pessoas, seja um terremoto, maremoto ou crimes em série. É quase impossível que a imprensa possa evitar tingir suas páginas de sangue (LLOSA, 2013, p. 50).

A alienação do espectador face ao objeto contemplado se expressa da seguinte forma: “quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e seu próprio desejo.” Em relação ao homem que age, a aparência do espetáculo se revela no fato de seus próprios gestos já não serem seus, mas de um outro que os representa por ele. É por isso que o espectador “não se sente em casa em lugar algum, pois o espetáculo está em toda parte.” (DEBORD, 1997, p. 24).

Para Llosa (2013, p. 117-118) a influência que a cultura exerce sobre a política no âmbito da civilização do espetáculo, em vez de exigir que esta mantenha certos padrões de excelência e integridade, contribui para deteriorá-la moral e civicamente, estimulando o surgimento do que há de pior. Nesse compasso cultural, a política foi substituindo cada vez mais ideias e ideais, debate cultural e programas, por mera publicidade e aparência. A consequência disso é que a popularidade e o sucesso são conquistados pela demagogia e pelo histriônico, em detrimento da inteligência e da probidade, fazendo com que – nas democracias modernas – a cultura (ou o que usurpa seu nome) é o que corrompe a política e os políticos, contrariamente ao que acontece em sociedades autoritários, onde é a política que corrompe e degrada a cultura.

Nesse momento parece cristalino o efeito deletério decorrente da espetacularização do processo penal, pois cada um dos ministros do STF pode adequar seu discurso de forma a atender e corresponder

aos anseios de um grupo ou interesse dominante², deixando de lado um possível papel contramajoritário, com o propósito egoístico de manter sua imagem intacta, tornando desnecessário o desgaste de ir de encontro à maioria.

O respeito – de fato – ao estado de inocência teria o condão de separar o acusado do estado de corrupção, afastando o espetáculo que transforma o sujeito em bode expiatório, aquele cujo sacrifício teria a capacidade de expurgar todo o mal da terra. Observar o estado de inocência significa, então, preservar a dignidade da pessoa humana do acusado, impedindo a coisificação do sujeito e sua consequente transformação em *homo sacer*, cuja vida nua insignificante se prostra diante do poder punitivo.

² A aparência fetichista de pura objetividade nas relações espetaculares esconde seu caráter de relação entre homens e entre classes: parece que uma segunda natureza domina, com leis fatais, o meio em que vivemos. Mas o espetáculo não é o produto necessário do desenvolvimento técnico, visto como desenvolvimento natural. Ao contrário, a sociedade do espetáculo é a forma que escolhe seu próprio conteúdo técnico. Se o espetáculo, tomado sob o aspecto restrito dos “meios de comunicação de massa”, que são sua manifestação superficial mais esmagadora, dá a impressão de invadir a sociedade como simples instrumentação, tal instrumentação nada tem de neutra: ela convém ao automovimento total da sociedade. Se as necessidades sociais da época na qual se desenvolvem essas técnicas só podem encontrar satisfação com sua mediação, se a administração dessa sociedade e qualquer contato entre os homens só podem exercer por intermédio dessa força de comunicação instantânea, é porque a “comunicação” é essencialmente unilateral; sua concentração equivale a acumular nas mãos da administração do sistema os meios que lhe permitem prosseguir nessa precisa administração. A cisão generalizada do espetáculo é inseparável do Estado moderno, isto é, da forma geral de cisão na sociedade, produto da divisão do trabalho social e órgão da dominação de classe. (DEBORD, 1997, p. 20-21).

CAPÍTULO 2: ESTADO DE INOCÊNCIA E A DEFINIÇÃO DO MARCO INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA

Independentemente do debate que envolve o tema do estado de inocência, seja este no campo doutrinário, ético ou legal, o que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece atualmente é que o marco inicial para o cumprimento da pena é o trânsito em julgado sentença penal condenatória. Tanto a norma constitucional quanto a norma infraconstitucional condicionam, inequivocamente, o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado, sendo este requisito essencial. Diante disso, importante destacar o processo de constitucionalização do estado de inocência no ordenamento brasileiro.

Em resposta às brutalidades sucedidas durante as duas Guerras Mundiais foi possível observar – para além da elaboração de diversas Declarações e Tratados de Direitos Humanos entre os países envolvidos no conflito – o aumento da observância dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições de diversos Estados, como forma de se evitar novas formas de violação de direitos como havia acontecido anteriormente. Surgiu então a necessidade de implementar inovações no âmbito do Direito Constitucional, de forma a possibilitar um diálogo com os diferentes ramos do direito, no intuito de proporcionar uma convergência entre Constituição e os Direitos Civis e entre Constituição e Direitos Sociais. Estas transformações, que repercutiram substancialmente no âmbito da hermenêutica constitucional, ficaram

conhecidas como a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais (CASTRO, 2014, p. 65).

Dessa forma, torna-se necessário verificar como ocorreu a construção histórica da observância do estado de inocência pelos Estados até a sua positivação como norma de direitos fundamentais dentro da Constituição Brasileira de 1988.

2.1 Constitucionalização do estado de inocência no Brasil

Foi na Inglaterra da Idade Média, no século XIII, que se elaborou o principal documento no que se refere ao que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. O pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses assegurou, ainda que para parcela do povo, alguns direitos e liberdades civis. A *Magna Charta* não foi o primeiro nem o único documento, mas pode ser considerado o mais importante a anteceder os direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 41).

Esses direitos e liberdade previstas na *Magna Charta* levaram ao ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições, influenciando as declarações de direitos inglesas do século XVII, ampliando o conteúdo das liberdades reconhecidas à totalidade dos cidadãos ingleses. A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 é a primeira que marca a transição dos direitos legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, seguida da Declaração Francesa de 1789 (SARLET, 2018, p. 41-43).

As assembleias constituintes de vários países foram influenciadas pelos diplomas internacionais de direitos humanos, de modo que o estado de inocência passou a ser inserido nas Cartas Constitucionais. A Constituição Espanhola de 1978 assegurou o estado de inocência ao

estabelecer que “todos têm direito a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 111).

Segundo Giacomolli (2016, p. 111) a Constituição Francesa de 1958 declara adesão aos princípios da Declaração de Direitos de 1789. A Constituição Portuguesa de 1976 também alberga o estado de inocência, ao assegurar que “todo imputado será considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva. Deverá ser julgado num prazo mais breve, compatível com as garantias da defesa.” Igualmente, a Constituição Italiana de 1947 consagrou o estado de inocência como uma garantia indispensável ao processo penal: “o acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.”

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, ainda que fizessem previsão aos direitos e garantias individuais, por meio de um rol meramente exemplificativo, não previam expressamente o princípio do estado de inocência. O art. 78 da Constituição de 1891 dizia que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” O art. 114 da Constituição de 1934 estabelecia que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.” A Constituição de 1937 constava que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 111).

O art. 144 da Constituição de 1946 estabelecia que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” A Constituição de 1967, já em regime militar, após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 consignava que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 111).

Como visto, os direitos fundamentais nas primeiras Constituições escritas são produto de pensamento individualista, afirmando direitos do indivíduo perante o Estado, demarcando uma zona de não intervenção do Estado na esfera de autonomia individual, assumindo relevância nesse rol de direitos de notória inspiração jusnaturalista os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2018, p. 46-47).

A formatação do catálogo de direitos fundamentais na nova ordem constitucional é fruto de um processo dessa redemocratização após mais de vinte anos de ditadura militar. As eleições livres que resultaram na instalação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 propiciaram um amplo debate sobre o que viria a ser o conteúdo da atual Constituição (SARLET, 2018, p. 64-65).

A relevância atribuída aos direitos fundamentais ganha mais importância ao lembrar que a Constituição de 1988 foi precedida por um período de forte autoritarismo que caracterizou a ditadura, com restrições e até mesmo aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2018, p. 67).

Pela primeira vez, a constitucionalização do estado de inocência, inserida dentro do capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, trouxe para o indivíduo uma proteção contra as

arbitrariedades do Estado, perfectibilizando uma verdadeira limitação em face do poder punitivo, impondo a necessidade do trânsito em julgado para formação da culpa após um devido processo legal e assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa, para só então permitir ao Estado-juiz a decretação da prisão para o cumprimento da pena.

O artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988 estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988). Essas poucas palavras instituem, inequivocamente, o estado de inocência de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, adequando-o ao Estado Democrático de Direito.

Conforme pode ser verificado em pesquisa ao sítio do Senado Federal na rede mundial de computadores, especialmente no que tange à gênese do texto da Constituição de 1988, percebe-se que o texto da norma contida no art. 5º, LVII, não sofreu alterações, conforme demonstrado pela sequência 104³, desde o texto substitutivo 1, de 26 de agosto de 1987, passando por outras cinco etapas até a redação final e promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988 (LIMA, 2013, p. 81).

O fato acima narrado demonstra a certeza do Poder Constituinte originário da certeza de positivar o instituto do estado de inocência no âmbito da Constituição de 1988, tendo em vista a ausência de alterações no texto.

A positivação do estado de inocência no âmbito constitucional implica, portanto, sua observância pelas normas hierarquicamente inferiores, nos termos propostos pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A partir disso, há uma interpretação da Constituição, na medida

³ A única modificação entre o texto substitutivo 1 e a redação final foi a localização topográfica do instituto do estado de inocência dentro da Constituição. Na primeira proposta, o texto estava localizado no art. 6º, § 15.

em que se trate de aplicação desta a um escalão inferior – leis e, no caso em tela, a sua aplicação por um tribunal – notadamente para a produção da sentença judicial (KELSEN, 2009, p. 387).

A legislação infraconstitucional, que retira seu critério de validade a partir da Constituição (KELSEN, 2009, p. 221), foi modificada no ordenamento jurídico brasileiro para se adequar aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito de modo a conferir maior proteção aos direitos e garantias individuais frente ao Poder do Estado.

2.2 Legislação infraconstitucional: a previsão da LEP e as alterações do CPP

A transição entre o período do governo militar e a redemocratização do Brasil levou o Poder Legislativo a promover alterações significativas também na legislação infraconstitucional, além da Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1988. Essas alterações legislativas tanto precederam quanto sucederam a Constituição em busca da adequação do ordenamento jurídico brasileiro ao Estado Democrático de Direito. As modificações mais importantes foram a edição da Lei de Execução Penal, a reforma do Código Penal e alterações em outras leis, principalmente no que tange o Código de Processo Penal.

2.2.1 A necessidade do trânsito em julgado prevista na Lei 7.210/84

Antes da previsão constitucional expressa do estado de inocência a legislação brasileira dava passos importantes rumo ao Estado

Democrático de Direito quando, em 1984, foi promulgada a Lei 7.210, a Lei de Execução Penal.

A localização temporal desta Lei se encontra numa zona limítrofe, entre o fim do período do governo militar e a redemocratização, época em que os legisladores puderam e começaram a se preocupar com os direitos fundamentais individuais para blindar o cidadão contra os abusos do poder estatal, conforme demonstrado anteriormente no item 2.1 deste livro.

Nesse contexto foi promulgada a Lei de Execução Penal (LEP), em 11 de julho de 1984. No intuito de frear o poder punitivo e garantir mais direitos aos indivíduos, a LEP trouxe insculpida em sua redação a necessidade do “trânsito em julgado” como requisito essencial para a execução da pena.

O artigo 105 da LEP estabelece que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (BRASIL, 1984). Complementarmente, o artigo 106, III, do mesmo diploma legal, prevê que a guia de recolhimento deverá conter a certidão do trânsito em julgado.

Para além das penas restritivas de liberdade, a LEP também faz previsão expressa acerca da necessidade do trânsito em julgado para a imposição das penas restritivas de direitos, que são mais brandas. Assim estabelece o artigo 147:

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

O STF apreciou o tema no julgamento do HC 84.677, afirmando que a “pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.” (BRASIL, 2004). Esse entendimento foi corroborado na apreciação do HC 88.500 (BRASIL, 2009b), julgado em 2009 e de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, que reconheceu a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

2.2.2 A alteração do Código de Processo Penal em busca da adequação do processo penal para com a norma constitucional e o entendimento do STF por ocasião do julgamento do HC 84.078/09

Antes do julgamento do HC 84.078/09, que mudou o entendimento do Supremo acerca do marco inicial para o cumprimento da pena imposta pela sentença condenatória, o artigo 283 do CPP trazia a seguinte redação original: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (BRASIL, 1941).

Após o julgamento do HC 84.078/09, entretanto, com a consequente superação do entendimento do Supremo em relação ao marco inicial para o cumprimento da pena, determinando que para tal havia necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e com o objetivo de adequar o Código de Processo Penal ao ordenamento jurídico compatível com um Estado Democrático de Direito, foi promulgada a Lei 12.403, em 04 de maio de 2011.

Esta lei alterou a redação do artigo 283 do CPP, adequando a legislação infraconstitucional aos comandos constitucionais. Obedecendo a hierarquia das normas do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 221), em que a norma hierarquicamente inferior

retira seu critério de validade da norma hierarquicamente superior, a redação do artigo 283 do CPP foi adequada à norma constitucional que abriga o estado de inocência e ao então vigente entendimento do STF. A redação de acordo com a modificação de 2011 passou a estabelecer o seguinte:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Analisando essa modificação do art. 283 se verifica a impossibilidade da prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, excetuando-se as prisões em flagrante e as cautelares, desde que devidamente fundamentadas pela autoridade judiciária competente. Esta norma legal complementa e explica o dispositivo constitucional, materializando e corroborando a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena.

Conforme Paulo Rangel (2015, p. 24), a modificação na redação do art. 283 do Código de Processo Penal promovida em 2011 impedia a prisão em decorrência da sentença condenatória, visto que o texto do referido artigo exige a sentença condenatória transitada em julgado. Compartilhando do mesmo raciocínio, Oliveira (2015, p. 498) entende que tal redação do art. 283 do CPP afastava expressamente a execução provisória da condenação criminal.

Como é possível verificar a partir da leitura da norma legal, percebe-se que o texto condicionou a prisão do indivíduo para o conseqüente início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da

sentença condenatória, ressalvando apenas os casos de necessária prisão provisória durante a investigação ou processo, desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

O ordenamento jurídico estabeleceu, portanto, uma “moldura”, limitando e delimitando as opções do aplicador do direito no que diz respeito à restrição da liberdade do indivíduo. Kelsen (2009, p. 388) ensina que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica é uma relação de vinculação, de forma que a norma de escalão superior regula a produção da norma de escalão inferior. Essa determinação, entretanto, nunca é completa, pois a norma superior não é capaz de vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada. Ela deixa uma margem de livre apreciação para a execução que aplica a norma, cuja aplicação deve respeitar os limites de moldura.

Percebe-se, portanto, que o ordenamento não está “engessado”. Caso o magistrado entenda que a liberdade do acusado deve ser cerceada, há opções que permitem a aplicação do comando judicial e que se enquadram dentro da “moldura” proposta.

Cabe ressaltar, contudo, que com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019a) a redação do art. 283 foi novamente modificada e passou a ser a seguinte: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

2.3 Contextualização: a mídia e o clamor público como vetores de pressão e o discurso do combate à impunidade

A sensação de impunidade que ronda o senso comum brasileiro acaba por ignificar na população em geral um sentimento de vingança. A prisão dos culpados, a punição a qualquer custo, emerge como “solução viável” para os problemas de um Estado envenenado pela corrupção. É dentro desse contexto de clamor público diante da sensação de impunidade que as frequentes mudanças de entendimento do STF face ao estado de inocência e execução provisória da pena devem ser analisados.

Uma busca rápida na internet revela os maiores casos de corrupção ocorridos no Brasil nas últimas décadas. Com tanta divulgação pela mídia, que as vezes se alimenta do espetáculo tanto quanto induz suas manchetes, não é difícil compreender a insatisfação que a população sente em relação à impunidade, retroalimentando o “círculo” vicioso, colocando cada vez mais pressão sobre as autoridades e instituições. Alguns casos serão elencados a seguir com o propósito de ilustrar o clamor público que emergiu a partir da divulgação pela mídia.

O caso dos “Anões do Orçamento” ocorreu entre o final dos anos 80 e o início dos anos 90. Uma CPI foi aberta em 1993 para investigar o caso. Dos 37 deputados investigados, seis foram cassados e quatro renunciaram. No centro do esquema, estava o deputado João Alves de Almeida, membro desde 1972 da Comissão do Orçamento no Congresso. Para desviar os recursos, os deputados adotavam três esquemas distintos. No primeiro deles, incluíam emendas para entidades filantrópicas detidas por parentes ou laranjas. No segundo

e mais representativo, incluíam verba para grandes obras públicas mediante comissões de empreiteiras. No terceiro caso, prefeituras acordavam o pagamento de taxas para incluir obras públicas no orçamento, que seriam pagas por meio da contratação da construtora Seval, do deputado João Alves, que comprava “bilhetes premiados” na loteria para lavar o dinheiro. Dentre os deputados cassados, constavam membros de apenas dois partidos: PTB e PMDB (HERMES, 2016).

Nicolau dos Santos Neto e o ex-senador Luis Estevão, do Distrito Federal desviavam verbas destinadas para a construção do fórum do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo. As obras se iniciaram em 1992. No mesmo ano, o TCU iniciou a auditoria no processo de licitação e concluiu que havia irregularidades na obra. Auditorias constatam que apesar de 98% da verba ter sido liberada, apenas 64% das obras estariam prontas. Dos R\$ 232,5 milhões destinados à construção, R\$ 169,5 milhões foram devidamente desviados. Em 2001, Estevão chegou a ser preso, mas iniciou sua batalha judicial com um pedido de *habeas corpus*. Em 2016, o ex-senador foi finalmente preso, condenado a 25 anos. A CGU cobra R\$ 2 bilhões de Estevão, valor que ele contesta (HERMES, 2016).

Criados para garantir aposentadorias e pensões de funcionários de empresas estatais, os fundos de pensão englobam milhões de beneficiários e detém cerca de 15% da dívida pública. Boa parte deles, como a PREVI, dos funcionários do Banco do Brasil, detém participações significativas em grandes empresas, como a Vale do Rio Doce, a Embraer e outras. São as pequenas transações, envolvendo compras de títulos privados, porém, que levantaram suspeitas na CPI dos Fundos de Pensão. Após meses de avaliação, a CPI, realizada em 2015, concluiu que parte do prejuízo superior a R\$ 77,8 bilhões que os fundos acumulam hoje, se deve a contratos fraudados ou suspeitos. O prejuízo estimado pela CPI, que pediu o indiciamento de mais de 200

pessoas, é de R\$ 3 bilhões, apenas nos principais fundos de empresas estatais (HERMES, 2016).

Durante quatro anos, cerca de US\$ 24 bilhões foram remetidos ilegalmente do antigo Banestado (Banco do Estado do Paraná) para fora do país por meio de contas de residentes no exterior, as chamadas contas CC5. Uma investigação da Polícia Federal descobriu que as remessas fraudulentas eram feitas por meio de 91 contas correntes comuns, abertas em nome de “laranjas”. A fraude seria conhecida por gerentes e diretores do banco. Foram denunciados 684 funcionários, sendo que 97 foram condenados a penas de até quatro anos de prisão (LIMA, 2012).

O Mensalão funcionou de 2005 a 2006 e se caracterizou pela compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Foi o primeiro escândalo que teve punições judiciais para os envolvidos. Pelo aspecto positivo, o caso possibilitou ganhos para a sociedade, como a Lei da Transparência e a Lei Ficha Limpa (BASÍLIO, 2015).

Em fevereiro de 2012, a operação Monte Carlo da Polícia Federal prendeu o empresário Carlinhos Cachoeira, apontado como operador de um esquema que incluía a exploração ilegal do jogo do bicho e a intermediação de contratos de empresas privadas com órgãos públicos. Em dezembro de 2012, Cachoeira foi condenado a 39 anos e oito meses de prisão por crimes como corrupção ativa, formação de quadrilha e peculato. Cachoeira foi beneficiado com um *habeas corpus* para responder ao restante do processo em liberdade (COELHO, 2012).

O esquema de pagamento de propinas e desvios da Petrobras, descoberto pela investigação Lava-Jato, da Polícia Federal, é um dos piores da história e desviou R\$ 70 bilhões dos cofres públicos. De acordo com as investigações, empreiteiras fraudavam licitações para conseguir contratos superfaturados junto à Petrobras. A lavagem de

dinheiro ficava a cargo de alguns operadores (doleiros). Segundo as denúncias formuladas pelo Ministério Público Federal, parte do dinheiro repassado pelas empreiteiras a partidos e políticos (HERMES, 2016).

Iniciada em 17 de março de 2014, a operação Lava-Jato ganhou amplo espaço na mídia nacional e internacional, com dilatada cobertura midiática de suas ações, tendo colocado o combate à corrupção no cerne da cobertura jornalística do país, principalmente pelas investigações envolverem importantes lideranças políticas do país, administradores de grandes construtoras e outros empresários. Juízes, promotores e policiais se tornaram verdadeiras celebridades devido à espetacularização das operações, depoimentos e divulgação de sentenças aos condenados na investigação. Essas pessoas passaram a tomar as páginas dos jornais de maior circulação do país, aparecendo diariamente nos telejornais e em emissoras de rádio, colunas sociais, além de frequentar programas de variedades. São tratados como “*popstars*” da justiça, fato questionado por autoridades internacionais que acreditam que esse tipo de superexposição seja nocivo para o desenvolvimento das investigações, além de reforçar a preocupação com o processo de judicialização da política, fenômeno crescente que vem preocupando setores do Poder Judiciário (SEGURADO, 2017, p. 05).

Outro caso emblemático que revela como a “sociedade do espetáculo” pode influenciar o curso do processo judicial e a edição ou cancelamento de normas jurídicas pode ser verificado por meio da análise do processo da criação da Súmula Vinculante 11⁴, do STF, que trata do uso de algemas.

⁴ Súmula Vinculante 11, do STF: Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A decisão de editar a súmula foi tomada pela Corte no dia 7 de agosto de 2008, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 91.952. Na ocasião, o Plenário anulou a condenação de um pedreiro pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse uma justificativa convincente para o caso.

O que realmente parece ter impulsionado os membros do STF a editar a Súmula Vinculante 11 foi outro caso. Conforme pode ser verificado a partir de busca realizada sobre as publicações da época, a discussão sobre o uso das algemas renasceu em julho de 2008, quando a Polícia Federal prendeu o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta e o investidor Naji Nahas durante a Operação *Satiagraha*. Todos foram algemados.

Na ocasião, o presidente do STF, Gilmar Mendes, criticou aquilo que chamou de “espetacularização das prisões”. O ministro Marco Aurélio afirmou que os três presos foram “apenados” por consequência do uso de algemas (SELIGMAN, 2008).

O então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na época dos fatos, condenou o uso de algemas e o “sensacionalismo” da Polícia Federal, que teve como principal alvo o banqueiro Daniel Dantas. Em uma reunião com os ministros que compunham a coordenação política do governo, Lula cobrou “menos espetáculo” nas investigações (OLIVEIRA, 2008a).

Esses foram apenas alguns casos elencados para demonstrar como a corrupção colaborou com o sentimento de impunidade, que levou a população brasileira a exigir uma resposta das autoridades e conseqüentemente iniciando uma “caça às bruxas”, mesmo que às expensas de relativizar direitos fundamentais.

2.3.1 O Impeachment de Dilma Rousseff

Não há como dissociar o movimento social, a indignação do povo, com o pedido de impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff. Todos os casos de corrupção passados nas décadas anteriores, de uma forma ou outra, influenciaram a mídia e o povo e pressionaram o Congresso para que se chegasse a tal desfecho.

Em outubro de 2014 a chapa integrada por Dilma Rousseff e Michel Temer se reelegeu. Durante a campanha presidencial, Dilma afirmara diversas vezes que a situação econômica do país era favorável, e que, caso reeleita, não faria cortes em áreas sociais sensíveis, nem mexeria em direitos trabalhistas. Contudo, um mês depois de sua eleição, o governo anunciou reformas na direção oposta. Paralelamente às eleições, vinha se desenvolvendo a Operação Lava Jato⁵, que ligou diversos políticos e empreiteiros a escândalos de corrupção na Petrobrás, a maior estatal do país. Com uma crise econômica agora já visível, em um cenário potencializado pelas manifestações populares de junho de 2013, esses fatos ajudaram a criar um ambiente de forte rejeição ao governo (FALCÃO; ARGUELHES; PEREIRA, 2017, p. 19).

Em meio às tensões entre o governo e a Câmara, a Operação Lava Jato prosseguiu em 2015. No início de março, a Procuradoria-Geral da República encaminhou ao Supremo uma lista de 54 pessoas que deveriam ser investigadas em conexão com o esquema de corrupção na Petrobrás, incluindo diversas autoridades públicas, com foro privilegiado junto ao Supremo. Na lista, além do presidente do Senado, Renan Calheiros, estava também Eduardo Cunha, que

⁵ O ativismo judiciário, ou judicialismo, expresso pela Lava Jato, passou a representar, aos olhos da população frustrada, uma resposta para promover a renovação das práticas políticas – resposta que, por óbvio, projetou os próprios juizes e promotores como novos atores políticos, na medida mesma em que “cassavam” políticos profissionais acusados de corrupção. (LYNCH, 2017, p. 160).

passou a figurar como um dos principais investigados. A relação entre o governo e a Câmara dos Deputados se desgastou ainda mais. Além disso, o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados havia recebido denúncias que poderiam levar à cassação de seu mandato (FALCÃO; ARGUELHES; PEREIRA, 2017, p. 19-20).

Dilma Rousseff foi destituída em 31 de agosto de 2016. No decorrer do ano de 2015, cinquenta pedidos de *impeachment* foram protocolados na Câmara dos Deputados contra Dilma Rousseff. Um foi aceito. Na Câmara, 367 deputados votaram pela admissibilidade e o pedido foi encaminhado para o Senado Federal. No dia 31 de agosto, foi posto em votação o texto da sentença que deveria ou não ser aprovado pelos senadores. O requerimento foi aceito pelo presidente da seção, Ricardo Lewandowski. Em votação, 61 senadores votaram a favor da perda do mandato.

Os casos elencados anteriormente apenas ilustram a quantidade de casos envolvendo corrupção que assolam o país. Manifestações nas ruas e nas mídias tradicionais e sociais ganharam peso e a pressão aumentou. As instituições foram cobradas e emergiu a “necessidade” de buscar a paz social. No processo, a “busca por justiça” acabou atacando frontalmente os direitos previstos constitucionalmente, especialmente o estado de inocência.

2.4 A inviabilidade da execução provisória da sentença condenatória e a flutuação interpretativa sobre o tema no supremo tribunal federal

Como asseverado no início do segundo capítulo deste livro, o ordenamento jurídico brasileiro impõe a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução da pena, afastando

categoricamente a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória.

A norma contida no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 está inserida no Título II, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Como tal, a própria Constituição confere ao estado de inocência a condição de cláusula pétrea, impedindo que seja alvo de emenda tendente a esvaziar seu conteúdo, nos termos do art. 60, §4º, IV.

Apesar da imposição de uma “moldura normativa” pelo ordenamento jurídico, a temática sobre o estado de inocência e a execução provisória da pena segue sendo objeto de debates, desde uma conversa informal entre amigos, passando pela discussão doutrinária e chegando até as casas mais elevadas dos Poderes da República.

No que tange especialmente ao Poder Judiciário, e é nesse ponto que o trabalho repousa com mais intensidade, o que se destaca é a quantidade de mudanças de entendimento realizadas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do estado de inocência e a execução provisória da pena num prazo relativamente curto de tempo, tendo em vista a promulgação da Constituição em 1988.

Essa “flutuação” ou instabilidade interpretativa que os ministros do STF conferem ao tema gera instabilidade, insegurança e desconfiança, colocando em “xeque” uma das instituições mais importantes para a preservação e consolidação da democracia: o próprio Supremo Tribunal Federal.

O tratamento que o STF tem dado ao tema foge de uma simples mudança de entendimento, uma superação. Mudanças de entendimento podem e devem ocorrer de tempos em tempos, buscando uma adequação social das normas jurídicas no intuito de lhes conferir efetividade. Talvez o maior problema, nesse caso, seja a retomada de

um entendimento anterior. Afinal, aquele entendimento estava ou não superado? A estabilidade parece ser precursora da segurança.

A opinião pública pode exercer pressão sobre as decisões dos tribunais. Mas isso não significa que os tribunais devem ceder a essa pressão e deixar de reconhecer um direito constitucional pelo simples fato de que tal reconhecimento minaria sua popularidade. Isso se deve ao fato de que os direitos constitucionais são justamente uma proteção contra a maioria democrática (POSNER, 2012, p. 395).

Nesse sentido, além da atuação contramajoritária do tribunal, a estabilidade das decisões também contribui para a segurança jurídica, direito fundamental insculpido na Constituição de 1988. Para demonstrar a flutuação interpretativa acerca do estado de inocência, tema central deste livro, serão elencados a seguir os principais momentos de fixação e mudança de entendimento sobre a matéria, com seus desdobramentos e consequências.

2.4.1 O HC 68.726/91 e a manutenção da possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória antecedendo o trânsito em julgado

Antes da Constituição de 1988, portanto antes de qualquer menção expressa ao estado de inocência na ordem constitucional brasileira, a execução da pena antes do trânsito em julgado tanto era possível como era realizada. Após a constitucionalização do estado de inocência, contudo, a comunidade jurídica passou a questionar se até mesmo as prisões provisórias poderiam ser realizadas.

Diante deste panorama, e para assentar um entendimento capaz de esclarecer as dúvidas que rondavam o meio jurídico, o pleno do STF julgou o HC 68.726 no ano de 1991 e fixou a tese de que a execução

da sentença criminal após julgamento em segundo grau não era ilegal, conforme ementa que segue:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. **A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição.** De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido. (BRASIL, HC n. 68.726/91, Rel. Min. Néri da Silveira, 1991, grifo nosso).

Diante desse julgado paradigmático se fixou o entendimento acerca da legalidade da execução provisória da sentença criminal, pois os ministros entenderam, por decisão unânime, que tal medida não contrariava o disposto no art. 5º, LVII da Constituição de 1988. Esse entendimento perdurou por dezoito anos, até o julgamento do HC 84.078 no ano de 2009 (BRASIL, 2009a).

Sobre as prisões cautelares, o STF analisou o tema no julgamento do HC 71.169/94 (BRASIL, 1994) sedimentando o entendimento de que “se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI do art. 5º da CF.” O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por seu turno, editou

a Súmula 9, que diz que “exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Apesar da aparente legalidade do cumprimento antecipado da sentença penal condenatória, sinais de que o estado de inocência deveria ser observado com atenção já podiam ser verificados em outros julgados do Supremo antes de 2009, como se verifica a partir do julgamento do HC 69.298 em 2006, conforme segue:

“[...] Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, **com o trânsito em julgado**, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina. (BRASIL, HC 69.298, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 9-6-1992, 1º T, DJ de 15-12-2006, grifo nosso).

Ainda que o STF utilize a expressão “não culpabilidade”, a descrição do termo define claramente o estado de inocência ao reconhecer uma regra de tratamento que impede o poder Público de antecipar a culpa em relação ao acusado, conforme é possível se extrair do julgamento do HC 80.719 em 2001:

[...] O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, **consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente** por sentença do Poder Judiciário. (BRASIL, HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, j. 26-6-2001, 2º T, DJ de 28-9-2001, grifo nosso).

No mesmo sentido se apresenta o julgado no HC 89.501, de 2007:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. 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. (BRASIL, HC 89.501, rel. min. Celso de Mello, j. 12-12-2006, 2ª T, DJ de 16-3-2007, grifo nosso).

O ministro Gilmar Mendes, nomeado para o STF em maio de 2002, é um dos membros mais antigos e tem acompanhado as modificações de entendimento da Corte. É de sua relatoria o julgado do HC 84.029, conforme segue:

Inicialmente, a jurisprudência do STF orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial e/ou recurso extraordinário não impede, em princípio, a prisão do condenado. Precedentes citados: HC 77.128/SP, Segunda Turma, por maioria, rel. min. Nelson Jobim, DJ de 17-11-2000; HC 81.685/SP, Primeira Turma, unânime, rel. min. Néri da Silveira, DJ de 17-5-2002; e HC 80.939/MG, Primeira Turma, unânime, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 13-9-2002. Desde o início do julgamento da Rcl 2.391/PR, rel. min. Marco Aurélio, o Plenário deste Tribunal tem discutido amplamente a **possibilidade de reconhecimento do direito de recorrer em liberdade**. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto (DJ de 12-2-2007), o entendimento que estava a se firmar, inclusive com o meu voto, pressupunha que eventual custódia cautelar, após a sentença condenatória e sem trânsito em julgado, somente poderia ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do CPP. Na espécie, um fator decisivo é o de que apenas a defesa apelou da sentença de primeiro grau. O TRF 3ª Região deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do acusado para oito anos de reclusão em regime inicial semiaberto. Com o julgamento da apelação, foi expedido mandado de prisão

contra o paciente. Entretanto, a Segunda Turma do TRF 3ª Região não especificou quaisquer elementos suficientes para autorizar a constrição provisória da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP. Ademais, o paciente permaneceu em liberdade durante toda a instrução criminal, assim como até o julgamento da apelação. **Considerado o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelara do paciente antes do trânsito em julgado.** Precedentes citados: HC 85.856/DF, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, unânime, DJ de 10-3-2006; RHC 86.822/MS, de minha relatoria, julgado em 6-2-2007, acórdão pendente de publicação; e RHC 89.550/SP, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ de 27-4-2007. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal. (BRASIL, HC 84.029, rel. min. Gilmar Mendes, j. 26-6-2007, 2ª T, DJ de 6-9-2007, grifo nosso).

No julgado acima pode se verificar que o ministro Gilmar Mendes reconhecia o direito de recorrer da sentença em liberdade e que, ausentes os requisitos da prisão preventiva, não havia possibilidade de prender o indivíduo pela condenação em sede de apelação, sendo indispensável o trânsito em julgado. O ministro demonstrava, assim, que a sentença judicial, entendida como uma norma que cria direito (pois executa um ato em conformidade com a norma superior) deve estar vinculada ao que determina o ordenamento jurídico, preservando a moldura imposta.

Sobre a execução da pena restritiva de direitos, que é mais branda que a restritiva de liberdade, ainda em 2004 o STF julgou o HC 84.677 (BRASIL, 2004). Nesse julgado prevaleceu o entendimento de que a “pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.”

Diante dos julgados citados anteriormente é possível verificar que, embora o Plenário do STF tivesse entendimento de que era possível executar a pena antes do trânsito em julgado, alguns ministros já externavam opinião de que o estado de inocência, consagrado no texto constitucional, impunha um dever de tratamento que impedia a antecipação da culpa e, portanto, impedia a execução antecipada. Esses julgados foram os precursores da mudança que seria imposta por meio do julgamento do paradigmático HC 84.078 (BRASIL, 2009a).

2.4.2 Julgamento do HC 84.078/09: a adequação do marco inicial para o cumprimento da sentença penal condenatória em respeito à norma constitucional e observância do estado de inocência

Após muitos anos de governo militar o Brasil voltou a ter um governo civil e, em 1988, foi promulgada uma nova Constituição, vigente até o momento. Ao estabelecer expressamente o estado de inocência em seu artigo 5º, LVII, o ordenamento jurídico brasileiro deu um grande passo em direção ao Estado Democrático de Direito, num movimento de limitação do poder do Estado em relação ao indivíduo.

A transição não foi automática, mas após um período de adaptação e de debates nas cortes judiciais, o estado de inocência teve sua importância reconhecida pelo pleno do STF ao julgar o HC 84.078 em 2009. Por maioria dos votos, o pleno do STF modificou o entendimento da Corte para, dessa vez, impedir a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Por sete votos a quatro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu o *Habeas Corpus* para permitir que um indivíduo condenado

por um Tribunal do Júri à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, recorresse em liberdade.

Antes da subida do Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministério Público de Minas Gerais pediu ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão. Como o REsp ainda não havia sido julgado foi impetrado o *Habeas Corpus* no STF, pedindo a suspensão da execução da pena e para que não se aplicasse a norma do artigo 637 do Código de Processo Penal, segundo a qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo (BRASIL, 2009a).

O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão daquele indivíduo, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariava o estado de inocência.

Os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm “efeito suspensivo”. Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil (BRASIL, 2009a).

Afirmaram, ainda, que nenhum outro país possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau.

Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família (BRASIL, 2009a).

Conforme o ministro Celso de Mello, a execução provisória da pena “não é juridicamente viável em nosso sistema normativo.” Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal” (BRASIL, 2009a).

Segue ementa do HC 84.078:

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. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estaria-se validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa

qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASIL, HC 84.078/MG. Relator: Min. EROS GRAU. Julgamento: 05/02/2009a, grifo nosso).

A mudança de entendimento do pleno do STF consolidou a importância do estado de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Esse julgamento paradigmático norteou os julgamentos que se seguiram, para impedir a antecipação da culpa e conseqüentemente a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, inspirou a Lei 12.403/11 que modificou a redação do artigo 283 do CPP, tornando-o compatível com o entendimento vigente acerca do estado de inocência.

Essa mudança de entendimento, assim como as modificações da legislação infraconstitucional, reforçaram os limites para a atuação dos magistrados, ou, em outras palavras, fixando os limites da moldura. Hans Kelsen (2009, p. 390) já afirmava que o ato jurídico que executa a norma pode ser conformado de modo a corresponder a uma dentre as suas várias significações. Em todas as hipóteses, o Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo o ato conforme ao Direito aquele que se mantém dentro da moldura, em qualquer sentido possível.

A partir do HC 84.078, o STF passou a defender o estado de inocência reconhecendo-o como direito constitucional, prevenindo a inversão do ônus da prova em matéria criminal, destacando que a dúvida opera a favor do acusado e impedindo a execução provisória

da pena antes do trânsito em julgado. A seguir, algumas decisões importantes sobre o tema:

Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (*essentialia delicti*) que compõem o tipo penal, **sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu.** Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (BRASIL, HC 84.580, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2009c, 2ª T, DJE de 18-9-2009c, grifo nosso).

[...] no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. **Incorrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não culpabilidade: *in dubio pro reu*.** Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. (BRASIL, HC 97.701, rel. min. Ayres Britto, j. 3-4-2012, 2ª T, DJE de 21-9-2012, grifo nosso).

Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. (BRASIL, HC 107.448, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, j. 18-6-2013, P, DJE de 4-10-2013, grifo nosso).

A partir da análise dos julgados acima é possível verificar que o estado de inocência impõe uma regra de tratamento que impede a inversão do ônus da prova. Cabe à acusação demonstrar a culpa, não ao réu provar sua inocência. Abaixo, os julgados demonstram o momento da formação da culpa, em consonância com o HC 84.078:

Os requisitos da progressão de regime são cumulativos, razão pela qual, atestado o preenchimento do requisito objetivo reconhecido pelo juiz da execução, não se revela lícito negar a progressão de regime com fundamento apenas na “situação processual indefinida” do réu porquanto a isso corresponde antecipar o juízo condenatório de ação penal em curso. (...) O ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunções ou em meras suspeitas, **consagrando o princípio da presunção da inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF, segundo o qual todo acusado é presumido inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.** (BRASIL, HC 99.141, rel. min. Luiz Fux, j. 29-3-2011, 1ª T, DJE de 14-4-2011, grifo nosso).

A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o standard anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. (BRASIL, AP 521, rel. min. Rosa Weber, j. 2-12-2014, 1ª T, DJE de 6-2-2015, grifo nosso).

Os movimentos sociais e os casos de corrupção, já abordados no item 2.3 deste livro, além da espetacularização tratada no item 1.5, impuseram uma pressão nas instituições democráticas do Estado brasileiro e em especial sobre o Poder Judiciário que, por meio de alguns dos seus membros, buscou dar uma resposta ao clamor social, aceitando a influência de parte da massa insatisfeita, passando a

atuar ativamente embasado no discurso de combater a impunidade. A pressão social e midiática levou o STF a modificar novamente o entendimento acerca do marco inicial para execução da sentença penal condenatória no julgamento do HC 126.292 em fevereiro de 2016.

2.4.3 A mudança de entendimento quanto ao marco inicial para execução da pena por ocasião do julgamento do HC 126.292/16 e a relativização do estado de inocência

Ao negar o *Habeas Corpus* 126.292 na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofendia o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o ministro Teori Zavascki, relator do caso, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerrava a análise de fatos e provas que assentavam a culpa do condenado, o que autorizaria o início da execução da pena.

A decisão indicava mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, por ocasião do julgamento da HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, entretanto, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O HC 126.292 foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de liminar em *Habeas Corpus* lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O caso envolvia um

ajudante geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão (BRASIL, 2016a).

O ministro Teori Zavascki, relator do caso, votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do *Habeas Corpus*. Segue ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, HC 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016a).

O ministro Teori Zavascki argumentou no sentido de que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.” Para Zavascki, ocorreria preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, no juízo de apelação. Desse modo, a relativização – e

até mesmo a inversão – do princípio da presunção de inocência torna-se justificável após um juízo de incriminação do acusado em segundo grau, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária (BRASIL, 2016a, p. 6).

Para o ministro Edson Fachin, além de concordar com o voto do relator, o problema é a quantidade de recursos oponíveis, pois “o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente.” Na sequência do voto, argumentou que para toda decisão há um recurso oponível, ainda que as razões recursais invocadas sejam estapafúrdias. Segundo Fachin, “os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.” (BRASIL, 2016a, p. 25).

Sobre o alcance da presunção da inocência o ministro Luis Roberto Barroso concluiu que a Constituição Brasileira “não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2016a, p. 35), e seguiu o relator argumentando que o princípio da presunção de inocência “adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem.” (BRASIL, 2016a, p. 41).

O ministro Luiz Fux afirmou, em seu voto, que o entendimento anterior da Corte estava distorcido. Ele argumentou que a presunção de inocência está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não na Constituição, que albergaria o princípio da não culpabilidade e, que, por isso, não há necessidade do trânsito em julgado (BRASIL, 2016a, p. 58). A ministra Carmen Lúcia, por sua vez, concordou com o argumento do ministro Barroso e afirmou que o que a Constituição determina é a formação da culpa definitiva com o trânsito em julgado, não a condenação, de maneira que a execução antecipada da pena seria possível (BRASIL, 2016a, p. 62).

O ministro Gilmar Mendes votou afirmando que a presunção de não culpabilidade “evolui de acordo com o estágio do procedimento” (BRASIL, 2016a, p. 68), corroborando o voto do ministro Barroso. Para Mendes, o princípio em debate não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo, de tal modo que, “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.” (BRASIL, 2016a, p. 72).

Para o ministro Barroso, a mudança de entendimento do STF sobre o estado de inocência decorreu de uma mutação constitucional. Nesse caso, o significado do Direito poderia ser alterado pela compreensão da realidade social. Barroso afirmou que “ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou.” (BRASIL, 2016a, p.35).

Quando o ministro Barroso fala de mutação constitucional, o que ele afirma é que houve uma mudança na interpretação da norma constitucional no que diz respeito ao estado de inocência.

Se por interpretação se entende a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar, o resultado dessa interpretação só pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, admitindo a existência das várias possibilidades que se revelam dentro dessa moldura (KELSEN, 2009, p. 390).

Dessa forma, a interpretação de uma lei não conduz somente a uma única solução, mas possivelmente a várias soluções, de igual valor, ainda que somente uma delas se torne Direito Positivo como ato do aplicador do Direito. Dizer que uma sentença é fundada na lei não significa outra coisa senão que ela se contém dentro da moldura que a lei representa (KELSEN, 2009, p. 390-391).

Kelsen (2009, p. 391) afirma que a jurisprudência tradicional acredita ser lícita a interpretação não só da determinação da moldura, mas que a interpretação deveria desenvolver um método que, aplicado ao caso concreto, poderia oferecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta e que a “justeza” desta decisão seria fundada na própria lei. Esse processo de interpretação seria um ato de clarificação e compreensão, em que o órgão aplicador do Direito tivesse que pôr em ação o seu entendimento, como se pudesse realizar a escolha de apenas uma dentre as várias possibilidades, a qual seria justa no sentido do Direito positivo.

Talvez esse tenha sido o “equivoco” perpetrado pelos ministros do STF ao permitir a execução antecipada da pena. Segundo o Professor Lenio Streck (2019, p. 117), ao julgar o HC 126.292, o STF realizou uma verdadeira alteração no texto da Constituição, caso que não se enquadraria naquilo que a doutrina brasileira classifica como mutação constitucional. Para Streck, essa decisão do Supremo Tribunal Federal é um caso evidente de ativismo judicial, inexistindo fundamento jurídico-constitucional capaz de sustentá-la, pois julgou inconstitucional o próprio texto constitucional.

A questão de saber qual é a resposta “correta” não seria uma questão dirigida ao Direito positivo, tampouco seria um problema da Teoria do Direito, mas seria um problema da política do Direito. A diferença seria apenas quantitativa, e não qualitativa, sendo que a vinculação do juiz é “mais livre” para a criação do Direito do que o legislador. Por isso, a aplicação da lei é uma função voluntária, na medida em que a obtenção da norma individual por meio da aplicação da lei seja realizada dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2009, p. 393).

A decisão do STF parece ter extrapolado as dimensões da moldura normativa imposta pelo ordenamento jurídico. Para Kelsen (2009, p.

394), se o objetivo é caracterizar a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, deve-se dizer que na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva do Direito a aplicar se combina com a vontade com que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha dentro das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, o que permite a distinção da interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de qualquer outra interpretação.

Kelsen (2009, p. 394) admite, entretanto, que a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica, pois ela cria Direito. Pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva como pode se produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Essa interpretação autêntica pode criar Direito, não só em casos em que a interpretação tem caráter geral para todos os casos iguais, mas também quando é produzida uma norma jurídica individual por meio de sentença, desde que esse ato não possa ser anulado e desde que tenha transitado em julgado, em que muitas vezes é criado Direito novo, especialmente no âmbito dos tribunais de última instância (KELSEN, 2009, p. 394-395).

Não foi isso que aconteceu no caso do HC 126.292. Além de retrocesso jurídico, a decisão do STF relativizou direitos e garantias historicamente conquistados, produzindo danos irreversíveis ao *status libertatis*. Mais grave, a decisão do Tribunal, que possui a missão de proteger a Constituição, negou vigência ao art. 5º, LIV, LV, LVII (devido processo penal, ampla defesa e preservação do estado de inocência). A necessidade de recolhimento à prisão, antes do trânsito em julgado, está garantida pela prisão provisória. A culpa somente se forma após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e não após a confirmação da condenação pelo segundo grau jurisdicional, no qual

se esgota o exame da materialidade, da autoria e das provas acerca da responsabilidade criminal. O ordenamento jurídico, contudo, permite a utilização do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário com reais possibilidades de modificação do julgado, pois segundo estudo apresentado pela FGV-RJ – Direito, em 2014, 8,27% dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* foram deferidos pelo STF, de 2008 a 2012. No STJ este número chega a 27,86% (GIACOMOLLI, 2016, p. 134).

A execução provisória desvirtua o sistema recursal, eleva o número de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, desprezando a complexidade do mundo contemporâneo e o caótico sistema penitenciário. Com isso, o STF vai perdendo a legitimidade de Tribunal Constitucional (ofensa ao art. 102, CF) e invade a esfera de competências do Poder Constituinte e do Poder Legislativo (GIACOMOLLI, 2016, p. 134).

Segundo Giacomolli (2016, p. 134) Apesar de a decisão não ter eficácia vinculante (art. 102, § 2º, e 103-A, CF), vários Tribunais inferiores e mesmo o STJ, passaram a determinar e sufragar a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada na decisão, negando o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinário.

2.4.3.1 Desdobramentos do HC 126.292

Após o julgamento deste paradigmático *Habeas Corpus* 126.292, o qual fixou entendimento pela possibilidade da execução provisória da pena, muitos outros HCs foram impetrados e julgados, porém com resultados distintos, demonstrando uma ausência de consenso e uma cisão entre os Ministros do STF.

A instabilidade das decisões do STF pode ser demonstrada a partir da análise dos julgados, pois alguns foram decididos permitindo a execução provisória da pena, a exemplo dos *Habeas Corpus* 130.709,

137.716, 137.849 e 152.752; e outros liberando o paciente para que aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a exemplo dos *Habeas Corpus* 135.951, 140.217, 142.012, 142.017, 147.452 (PUHL; CASTRO, 2019, p. 21).

Já na vigência do CPC de 2015, em 10 de novembro de 2016, o Plenário Virtual do STF julgou o ARE 964.246 com repercussão geral reconhecida e reafirmou a tese cunhada no HC 126.292, a fim de que ela fosse obrigatoriamente replicada pelos juízes e tribunais em todos os processos judiciais em curso no País (ASSIS, 2018, p. 145). Segue julgado:

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do STF 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 art. 5º, LVII, da CF. (BRASIL, ARE 964.246 RG, rel. min. Teori Zavascki, j. 10-11-2016, P, DJE de 25-11-2016b, Tema 925, grifo nosso).

A despeito da recente tese jurídica firmada e reafirmada ao longo do ano de 2016, diversas decisões monocráticas posteriores colidiram frontalmente com o entendimento estabelecido pelo Pleno do STF. No julgamento do *Habeas Corpus* 138.337, em 16 de novembro de 2016, apenas seis dias depois de o Plenário Virtual do STF julgar o ARE 964.246, o ministro Marco Aurélio deferiu medida liminar para suspender a execução da pena de paciente já condenado em segunda instância. O ministro teceu críticas ao procedimento adotado pelo tribunal, afirmou que as decisões tomadas nos precedentes não têm força vinculante e, surpreendentemente, externou a sua insurgência em face do Pleno do STF ao sustentar a necessidade de exercer resistência democrática e republicana (ASSIS, 2018, p. 145-146).

Diante da grande repercussão e das discussões derivadas, mormente pela polêmica acerca do estado de inocência, foram protocolizadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), as ADC's 43 e 44, questionando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (o qual foi modificado em 2011 para dar conformidade ao texto constitucional e à então posição do STF) que exige o trânsito em julgado para o cumprimento da sentença condenatória. Além dessas, foi protocolizada a ADC 54, que atacava a súmula 122 do TRF4, que determinava a prisão automática após a confirmação da sentença por um órgão colegiado (PUHL; CASTRO, 2019, p. 20).

Em sessão realizada no dia 5 de outubro de 2016, com base nos mesmos fundamentos estabelecidos no HC 126.292, o Plenário do STF, por 6 votos a 5, negou a concessão de liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, ratificando, uma vez mais, a possibilidade de execução da pena após a condenação criminal em segundo grau, ainda que na pendência do julgamento de recursos excepcionais. Ficaram vencidos neste julgamento os ministros Marco Aurélio, relator, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, o ministro Dias Toffoli (ASSIS, 2018, p. 145)

Conforme Assis (2018, p. 147), diante da explícita recusa de alguns ministros – vencidos nos julgamentos anteriores – em aderir à orientação colegiada assentada pelo Pleno da Corte, era perceptível que a controvérsia concernente à interpretação e ao alcance do art. 5º, LVII, da CRFB ainda não estava definitivamente dirimida. Em outras decisões posteriores ao julgamento do HC 126.292, o ministro Gilmar Mendes, que havia votado anteriormente no sentido de permitir a execução provisória da pena, concedeu liminares em *Habeas Corpus* para determinar a suspensão da execução provisória das penas de condenados em segunda instância.

2.4.3.1.1 O caso do HC 152.752, o “HC do Lula”

O fato de um ex-Presidente da República ser paciente de um *Habeas Corpus* teve ampla repercussão na mídia, atraindo grande atenção para o resultado do julgamento. Nesse caso específico, o espetáculo montado em volta do tema fez com que os ministros do STF se tornassem mais uma vez protagonistas.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal negou, por maioria de votos, o *Habeas Corpus* 152.752, em que a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (BRASIL, 2018a).

O ministro Edson Fachin ressaltou que deve haver estabilidade e respeito ao entendimento dos tribunais e que não houve até o momento revisão da jurisprudência em sede de controle concentrado acerca da execução provisória da pena. O ministro rebateu argumento da defesa no sentido de que as decisões recentes do STF não teriam força vinculante. Para Fachin o argumento não se aplica ao caso, uma vez que a decisão do TRF se baseou em súmula da própria corte federal (BRASIL, 2018a).

Entre os argumentos utilizados pelos ministros que denegaram a ordem o mais citado foi o de que uma alteração do posicionamento sobre a matéria só poderia ser realizada por ocasião das então pendentes Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Para o ministro Fux, a interpretação literal do texto constitucional provocaria uma negativa de direito fundamental do Estado de impor sua ordem penal. A ministra Rosa Weber, por sua vez, invocou o princípio da colegialidade para manutenção do posicionamento (STRECK, 2019, p. 290).

Já o ministro Gilmar Mendes votou pela concessão da ordem, afirmando que o eventual cumprimento da pena do ex-Presidente Lula deveria ocorrer apenas após o julgamento do recurso especial pelo STJ (STRECK, 2019, p. 291).

Para Lenio Streck (2019, p. 291) houve graves equívocos no julgamento do referido *habeas corpus*. O primeiro seria a impossibilidade de invocar o princípio da colegialidade no Plenário, pois a competência para julgamento de um *habeas corpus* seria de uma turma, além de que o plenário ainda não tinha um posicionamento sobre a questão. Outro problema seria o de separar a avaliação do mérito do HC do julgamento da constitucionalidade apontada pelas ADCs.

Sobre os equívocos de fundamentação, Streck (2019, p. 292) afirma que os posicionamentos contrários à prisão após o trânsito em julgado estariam assentados em uma espécie de princípio de presunção de não culpabilidade, sem ter enfrentado de fato o art. 283 do CPP vigente à época.

2.4.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade e a retomada do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco inicial para o cumprimento da pena

Diante da possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ambas com pedido de liminar, perante o STF. A finalidade era o reconhecimento da legitimidade constitucional do art. 283 do CPP, conforme redação inserida pela Lei n. 12.403/2011. De acordo com as entidades, a norma condicionava

o início da execução da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O PEN propôs a ADC n. 43, sustentando que o art. 283 do CPP deve ser interpretado segundo o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência previstos constitucionalmente. As alegações da peça inicial dizem respeito a reformação da jurisprudência do STF, pois teria ocorrido sem o devido exame da constitucionalidade do teor do art. 283 do CPP modificado em 2011 e que estabelecia a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, bem como pela incompatibilidade de decisão com a citada normatização e a suposta necessidade de que, para a prolação da decisão questionada, antes houvesse o referenciado dispositivo sido declarado inconstitucional

Foi requerido provimento judicial emergencial para evitar a deflagração de novas execuções provisórias e a suspensão das que já foram iniciadas, com a consequente libertação das pessoas que tinham sido encarceradas sem o trânsito em julgado e, subsidiariamente, a aplicação, ao art. 283 do CPP, de interpretação conforme a Constituição, para determinar, até o julgamento final da ação, a utilização, em substituição à prisão, das medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP (CRISTOPOULOS; MALTA, 2017, p. 76).

A OAB propôs a ADC n. 44 sob a alegação de que o art. 283 do CPP tinha como objetivo harmonizar o processo penal ao ordenamento constitucional, reforçando o princípio da presunção de inocência. Argumentou-se que a controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, sem o devido debate, ameaçaria a segurança jurídica e a restrição à liberdade. Também se argumentou que, apesar de a decisão não teria efeito vinculante, os tribunais do país passariam a adotar o mesmo entendimento e que, como não houve pronunciamento a respeito da

constitucionalidade do art. 283 do CPP, deveria ser reconhecida a validade do citado dispositivo.

Por fim, requereu cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena em todos os casos em que os órgãos julgadores dos Tribunais assim determinaram, com base no julgamento do HC 126.292 e, no mérito, a procedência da ação, com a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (CRISTOPOULOS; MALTA, 2017, p. 77).

O relator das ADCs 43 e 44, ministro Marco Aurélio, determinou o apensamento das ações, com o objetivo de possibilitar o julgamento em conjunto. No dia 5 de outubro de 2016, o Plenário da Corte, por 7 votos a 4, decidiu cautelarmente pela manutenção do posicionamento firmado no HC 126.292, possibilitando a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, exigindo-se apenas a confirmação da condenação com a observância do duplo grau de jurisdição (CRISTOPOULOS; MALTA, 2017, p. 77).

As ADCs foram julgadas procedentes em 07 de novembro de 2019. No mérito, o pleno do STF reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que previa o esgotamento de todas as possibilidades de recurso, reafirmando a necessidade do trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento da pena. Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF.

Para a corrente vencedora, o artigo 283 do CPP, nos termos da modificação promovida em 2011, estava de acordo com a garantia constitucional da presunção de inocência. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após

a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2019b).

2.4.5 As propostas de leis e emendas constitucionais com vistas a legitimar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença

Algumas alterações legislativas já ocorreram e modificaram o ordenamento jurídico brasileiro. Com a publicação da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou-se o Código de Processo Penal. Especialmente no que tange ao encarceramento, o art. 283 foi modificado, passando a ter a seguinte redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” (BRASIL, 2019a).

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou o Projeto de Lei do Senado 166/2018 (BRASIL, 2018b), que permite a prisão de condenados após decisão em segunda instância. O PLS 166/2018 altera, no Código de Processo Penal (CPP), o dispositivo que condiciona o cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação. No texto aprovado pela CCJ, a prisão poderia acontecer “em decorrência de condenação criminal por órgão colegiado.” O projeto também altera outros pontos do CCP para permitir que o tribunal determine execução provisória de penas privativas de liberdade sem prejuízo do conhecimento de recursos que venham a ser apresentados.

Para além das mudanças infraconstitucionais, existem também outras propostas de emenda à constituição no sentido de relativizar

o estado de inocência e possibilitar a execução da sentença penal condenatória após a condenação em segunda instância.

Diante disso, a PEC 5/19, de autoria do senador Oriovisto Guimarães e outros, pretende inserir o inciso XVI ao artigo 93, da CF e tem no dispositivo como redação de que “decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos”. Verifica-se que, para não ferir cláusula pétrea, utilizou-se uma estratégia para inserir a prisão em segunda instância no artigo 93, da CF, que tem por objeto estabelecer os princípios básicos do Estatuto da Magistratura. Pela exposição de motivos, a PEC n. 5 parte do pressuposto segundo o qual haveria um excesso de vias recursais que seria capaz de gerar uma “situação de preocupante insuficiência da aplicação da lei penal no país, dando à população uma grave sensação de insegurança e de impunidade.” Essa PEC pretende “dar efetividade às condenações penais por órgãos de segunda instância. Com a alteração ora pretendida, as condenações penais em segunda instância terão imediata aplicabilidade.” (STRECK; CATTONI, 2019).

Antes de 2019, entretanto, já havia outra PEC em tramitação. A PEC n. 410/18 propõe alterar diretamente o inciso LVII do art. 5º, a fim de possibilitar a antecipação da pena após condenação em segunda instância, ainda que essa decisão esteja pendente de recursos e não tenha transitado em julgado. A proposta seria alterar a redação da referida norma para “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”. Na prática, implicaria inverter o ônus argumentativo da acusação para a defesa, esvaziando a presunção de inocência. A PEC 410 parte do pressuposto constitucionalmente incorreto de que se poderia restringir e, assim, subverter a presunção de inocência, invertendo o ônus argumentativo, em base numa concepção normativamente fraca

segundo a qual direitos devem ceder a argumentos políticos, porque direitos, em última análise, não passam de valores ou bens entre outros, ponderáveis (STRECK; CATTONI, 2019).

Em 20 de novembro de 2019, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou a admissibilidade da PEC 199/2019, apresentada pelo deputado federal Alex Manente, que possibilita a prisão de réus após condenação em segunda instância. O projeto propõe alterar os artigos 102 e 105 da Constituição Federal com o objetivo de extinguir os recursos especiais e extraordinários e substituí-los por “ação revisional extraordinária” e “ação revisional especial”, que só poderiam ser ajuizadas contra decisão transitada em julgado. Assim como ocorre hoje com o recurso especial, seria necessário demonstrar o interesse geral das questões discutidas. A PEC também prevê a criação de uma lei que estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial. A proposta de alteração da Constituição ocorreu apenas duas semanas após o julgamento da ADC 43 pelo Supremo Tribunal Federal. A PEC, buscando contornar a decisão proferida pela Suprema Corte, propõe que o trânsito em julgado se dê quando esgotados os recursos em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, possibilitando que o réu comece a cumprir sua pena já em segunda instância (GAUDIOT, 2019).

CAPÍTULO 3: DEMOCRACIA E A NECESSÁRIA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A democracia se apresenta como instrumento indispensável para a vida em sociedade, para a existência de um Estado de Direito e, conseqüentemente, para a constitucionalização dos direitos fundamentais. É a democracia como governo do povo, a democracia como governo para o povo. Mas a democracia também pode sofrer ameaças. Democracia não é somente o peso da maioria, é também saber que todos estão sujeitos às mesmas regras.

Conforme a lição de Schumpeter (2017, p. 339) o método democrático é um arranjo institucional que objetiva atingir decisões políticas que realizem o bem comum fazendo com que o próprio povo possa decidir as questões importantes mediante eleição de indivíduos que se reúnem para lhe satisfazer a vontade.

Foi com Montesquieu, entretanto, no decorrer do século XVIII, que surgiram os primeiros traços do que se compreende atualmente por jurisdição. Inserido em um contexto histórico dominado pela razão, Montesquieu estruturou sua proposta de organização tripartida do Estado, cuja essência repousava na separação dos seus poderes em três diferentes frentes: Legislativo, Executivo e Judiciário (MAYA, 2014, p. 8-9).

Em decorrência disso, como oposição às ideias absolutistas sustentadas especialmente por Hobbes, tomou forma, inicialmente com John Locke e depois com Montesquieu, a teoria da separação dos poderes. Eles buscavam a divisão da soberania em uma pluralidade

de poderes, com o objetivo de preservar a liberdade individual, em oposição ao que pregava Hobbes, para quem a liberdade estaria garantida pela centralização de poderes nas mãos do soberano, responsável pela organização da vida em sociedade (MAYA, 2014, p. 16).

As ideias liberais de Locke influenciaram o surgimento dos primeiros contornos da separação de poderes, embora somente com Montesquieu essa ideia tenha assumido um caráter teórico, evoluindo do plano abstrato para o concreto, de “distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem”. Aristóteles, na sua obra “A política”, fazia menção ao risco de atribuir a um só indivíduo o exercício do poder, embora somente com John Locke, no século XVII, tenha assumido sua primeira sistematização, posteriormente aprimorada por Montesquieu, no século XVIII, com a definição clara de três poderes independentes e harmônicos, com funções devidamente delimitadas (MAYA, 2014, p. 17).

A teoria da divisão de poderes de Aristóteles foi então revista por Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”. O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. Partindo desse pressuposto aristotélico, Montesquieu inovou dizendo que tais funções estariam conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Essa teoria surgiu em contraposição ao absolutismo, servindo de base para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa. De acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo (LENZA, 2018, p. 567-568).

Ao se afastar do absolutismo, na medida em que o governo mais se aproxima da república, mais rígida se torna a maneira de julgar. Onde a lei é precisa, o juiz deve segui-la. Onde não é, ele deve buscar descobrir o seu espírito. É da natureza das Constituições que os juízes sigam a letra da lei nos governos republicanos. Não há, entretanto, um indivíduo sequer contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, da sua honra ou da sua vida (MONTESQUIEU, 2014, p. 135).

Para Beccaria (2012, p. 18), entretanto, nada é mais perigoso do que interpretar o espírito da lei. Como cada homem tem seu ponto de vista, o espírito da lei será, portanto, o resultado da lógica do juiz, e isso dependerá da violência dos seus interesses.

Uma possível confusão decorrente da observância rigorosa de uma lei penal não pode ser comparada com as confusões que surgem de suas interpretações. A primeira é uma inconveniência temporária que obriga os legisladores a corrigir a expressão da lei. Quando os códigos são fixados, devem ser observados em seu sentido literal (BECCARIA, 2012, p. 19).

Beccaria já elencava uma série de conselhos para prevenir o cometimento de delitos. As leis devem ser simples, claras e diretas. Os colegiados de julgadores devem ser minimamente numerosos, para que não sinta o julgador, por ser isolado, estimulado à corrupção. A boa conduta deve ser publicamente recompensada. A educação deve ser ampla e aperfeiçoada (BRAATZ; BÚRIGO, 2007, p. 770).

Demonstrada a necessidade de respeitar a separação dos poderes, cada qual com a sua esfera de competência constitucionalmente determinada, torna-se necessário apresentar a opção pelo aspecto democrático realizada para a execução do presente livro. Consiste, pois, na Democracia como respeito à legalidade.

3.1 (O significado de) Democracia aplicada ao caso concreto: respeito às regras do jogo

Thomas Hobbes (2014, p. 245) já afirmava em 1651, em sua obra "Leviatã", que o fato pelo qual um homem é punido deveria ser previamente julgado pela autoridade pública e que uma punição sem uma condenação anterior não poderia ser classificada como pena, mas sim como um ato hostil.

Seguindo o mesmo raciocínio, ninguém poderia ser aprisionado antes de ser declarado culpado. Dessa forma, o dano infligido pelo Estado contra um homem, pelo seu confinamento antes de um julgamento, contraria a lei natural, excetuando-se os casos de custódia necessários antes da execução de pena (HOBBS, 2014, p. 248).

Segundo Hobbes (2014, p. 249) cada um dos súditos consente ao soberano todo o poder a fim de serem protegidos por ele. Enquanto o povo for obediente às regras, a punição de um inocente equivaleria a pagar um bem com um mal. Esta injusta punição contraria a distribuição equitativa da justiça.

Montesquieu, por sua vez, destacou a importância da observância das leis. Segundo ele, em um governo popular, se as leis deixarem de ser executadas o Estado estará perdido, pois essa negligência decorreria da corrupção. Para Montesquieu, obediência e execução das leis são princípios da Democracia (MONTESQUIEU, 2014, p. 70).

Para Kelsen (2013, p. 27), o peso da vontade alheia que é imposto pela vida em sociedade parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento do próprio valor, quanto mais elementar frente ao que comanda é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: "Ele é homem como eu, somos iguais,

então que direito tem ele de mandar em mim?” Da ideia de que somos iguais pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém.

Ainda assim, se deve haver sociedade e, por consequência, Estado, torna-se necessária a existência de uma regulação das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Se devemos ser comandados, que sejamos por nós mesmos. Dessa forma, a liberdade natural se transforma em liberdade social ou política. Aquele que se submete a vontade própria, e não alheia, é politicamente livre. Em suma, se a sociedade deve existir como um sistema distinto da natureza, concomitante a essa legalidade natural deve existir uma legalidade social específica (KELSEN, 2000, p. 28).

Percebe-se neste ponto que este conceito de liberdade parte de uma participação do cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, concebida como uma autodeterminação política do cidadão, contrária aquela ideia de que liberdade queria dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado. A liberdade da anarquia passa a ser a liberdade da Democracia (KELSEN, 2000, p. 28-29).

Para Habermas (2013, p. 03) as normas do direito deveriam ser obedecidas não porque sejam coercitivas, mas sim porque são legítimas. A validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do direito e a sua fática imposição. O Estado deve garantir a legalidade da conduta no sentido do respeito às normas e, caso necessário, impor sanções coercitivas; por outro lado, o Estado deve garantir uma legitimidade das regras que torne possível o acatamento de uma norma por estrito respeito à lei.

A democracia é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem pelo povo. Dessa forma, democracia significa identidade

entre governantes e governados, entre o sujeito e o objeto do poder, governo do povo para o povo (KELSEN, 2000, p. 35).

Porque o princípio da liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria (KELSEN, 2000, p. 182).

Permanece o princípio de uma restrição de poder do governo. O governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos fundamentais. É por meio do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das majorias (KELSEN, 2000, p. 183).

A transição, entretanto, de um estado de liberdade natural para um estado de liberdade social ou política passa pelo surgimento de um Estado constitucional por meio das Declarações de Direitos, contrapondo a democracia direta dos antigos com a democracia representativa dos modernos, que é o único governo popular possível em um grande Estado (BOBBIO, 2017, p. 56).

É nesse contexto, de existência de um Estado que oferece um ordenamento jurídico ao qual os indivíduos se submetem e aceitam, que emerge a característica de previsibilidade. O indivíduo sabe o que esperar, sabe quais são os limites da sua atuação, sabe quais são as possíveis sanções que sofrerá caso aja *contra legem*. Em outras palavras, o indivíduo percebe e reconhece a moldura normativa estabelecida, que limita a atuação do órgão aplicador do direito.

Segundo Bobbio, o conceito de democracia, historicamente, teve dois significados predominantes: conforme se ponha em maior evidência o conjunto de regras cuja observância é necessária para que o poder político seja distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as chamadas “regras do jogo”, ou o ideal que deveria inspirar um governo, o da igualdade. Com isso é possível distinguir democracia

formal de democracia substancial. Em outras palavras, é a distinção da democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo (BOBBIO, 2017, p. 61).

Bobbio afirma que o único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é atribuindo ao maior número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente na tomada de decisões coletivas, o que poderia ser entendido como a extensão dos direitos políticos até o último limite do sufrágio universal. Sustenta, ainda, que atualmente não caberiam mais Estados liberais não democráticos, nem Estados democráticos não liberais, por duas razões: a) o método democrático é necessário para salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal; b) a salvaguarda desses direitos é necessária para o correto funcionamento do método democrático (BOBBIO, 2017, p. 65).

Nesse ponto Norberto Bobbio expõe exatamente o que este livro pretende demonstrar: que a participação dos indivíduos no exercício da soberania reforça o Estado Democrático de Direito, o qual exige sobremaneira o respeito às “regras do jogo”. Significa dizer que se as mudanças precisam ocorrer, que sejam feitas pela via democrática, pelas instituições legitimadas para tal, respeitando as atribuições e competências estabelecidas constitucionalmente. Dessa forma, a previsibilidade, constância e coerência das decisões judiciais parecem ganhar força, em respeito aos direitos fundamentais previamente positivados.

A positividade do direito produzido também se revela importante no que diz respeito à legitimidade de uma ordem jurídica. Como é possível fundamentar a legitimidade de regras que podem ser alteradas a qualquer momento por legisladores políticos? Para Habermas (2013, p. 03), as normas constitucionais também podem ser modificadas, e inclusive as normas fundamentais que declaram a Constituição como

algo inalterável compartilham com todo o direito positivo o destino de poder perder eficácia.

A teoria política deu à questão da legitimidade uma dupla resposta: a soberania popular e os direitos humanos. O princípio da soberania popular estabelece um procedimento que fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio se revela nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, os direitos humanos clássicos, que asseguram aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, fundamentam um domínio legítimo das leis. Sob esses dois pontos de vista normativos, o direito produzido deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadãos (HABERMAS, 2013, p. 04).

Ainda assim a teoria política não foi capaz de obter um compromisso válido para a relação de tensão entre a soberania popular e os direitos humanos. O republicanismo de Aristóteles e o humanismo político renascentista concederam uma preferência à autonomia pública dos cidadãos em face das liberdades apolíticas das pessoas privadas. O liberalismo de Locke mitigou o perigo de maiorias tirânicas postulando uma primazia dos direitos humanos frente à vontade popular. Para os primeiros, os direitos humanos devem sua legitimidade à autocompreensão ética e à autodeterminação soberana de uma comunidade política; para os segundos, os direitos humanos estabelecem os limites que devem impedir a soberana vontade do povo de invadir a inviolável esfera das liberdades privadas dos sujeitos. Diante destas unilateralidades complementares, é preciso insistir na ideia de que os direitos humanos não pode ser meramente impostos ao legislador soberano como um simples limite externo, nem podem ser

instrumentalizados como um requisito funcional para a consecução de fins (HABERMAS, 2013, p. 04).

Não existe nenhum direito sem a autonomia privada de sujeitos de direitos. Sem os direitos privados clássicos não existiria nenhum meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar da práxis de sua autodeterminação (HABERMAS, 2013, p. 06).

Desta forma, a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente. Por um lado, a conexão interna entre democracia e Estado de direito consiste em que os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se são suficientemente independentes. Por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis (HABERMAS, 2013, p. 06).

A maior garantia de que os direitos de liberdade sejam protegidos contra a tendência dos governantes de limitá-los e suprimi-los está na possibilidade dos cidadãos se insurgirem contra eventuais abusos e o melhor meio para isso é a participação direta ou indireta dos cidadãos, no maior número possível, na formação das leis. Sob esse aspecto, os direitos políticos são um complemento natural dos direitos de liberdade e dos direitos civis (BOBBIO, 2017, p. 65-66).

Se os direitos de liberdade foram desde o início uma condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, também é verdade que o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Somente os estados democráticos protegem os direitos do homem (BOBBIO, 2017, p. 66).

Ainda assim, uma ameaça deriva da democracia: a tirania da maioria. O perigo que a democracia corre com a progressiva realização do ideal igualitário é o nivelamento. O princípio da maioria é um princípio igualitário na medida em que se pretende fazer com que prevaleça a força do número sobre a individualidade. Entre seus efeitos deletérios estão a instabilidade do Legislativo, a arbitrariedade de funcionários, o conformismo das opiniões (BOBBIO, 2017, p. 76-77).

Nas constituições de Estados democráticos, os direitos fundamentais são direitos institucionalizados por normas jurídicas e assim fazem parte do sistema jurídico, ocupando uma posição preferencial, tendo em vista que são informados por um regime jurídico reforçado. Na base destes direitos fundamentais estão os valores da dignidade, liberdade e igualdade (STEINMETZ, 2017, p. 38).

Segundo Steinmetz (2017, p. 38-39), os direitos fundamentais não se prestam à função de dominação e controle social. Não operam como elemento de legitimação do poder político, pois esta é tarefa da soberania popular. Para sintetizar, os direitos fundamentais expressam uma concepção de autonomia, respeito e emancipação da pessoa. Sua função é delimitar e proteger um espaço de autonomia diante dos Poderes Públicos, ou seja, assegurar a garantia jurídica da liberdade e da autodeterminação individual.

Parece possível, assim, afirmar que o principal fundamento da adoção do governo democrático é justamente a melhor correlação entre democracia e direitos fundamentais. Embora não seja imune a críticas, não seja o sistema de governo ideal, e não possa ser visto como modelo pronto e acabado, ainda assim é possível afirmar que a adoção de um governo democrático é o melhor modelo reconhecido até o presente momento para efetivação de direitos fundamentais (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 35).

O que não se pode deixar de lado, também, é que eventualmente minorias dependerão da vontade das majorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às majorias defender os direitos dos grupos minoritários. Acredita-se que, por paradigmas mantidos pela falta de instrução, ou também pela visão acrítica da democracia, às majorias não costuma interessar a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis. Pelo contrário, é comumente observável que, por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, são suprimidos direitos dos demais (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 36).

Como dito anteriormente, a democracia pode sofrer com a ameaça da maioria, no sentido em que essa pode forçar o seu desejo em detrimento dos direitos fundamentais das minorias. Devemos lembrar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal tem um papel contramajoritário, mas é formado por onze ministros, e que os provimentos jurisdicionais da Corte são decididos pela maioria dos votos dos ministros, não necessariamente pela conformação de uma razão comum, um consenso.

3.1.1 A atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal contra a tirania da maioria

Segundo Streck (2011, p. 74) a Constituição nasce como um paradoxo: ao mesmo tempo em que surge como exigência para debelar o poder absoluto do rei, transforma-se em uma indispensável estrutura de contenção do poder das majorias. Esses caminhos contraditórios entre si levam ao paradoxo do constitucionalismo. E é incluindo esses mecanismos contramajoritários que se produz a própria noção de

jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.

É necessário demonstrar que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. A afirmação da existência de uma “tensão” entre constitucionalismo e democracia é, de fato, um dos mitos centrais do pensamento político moderno que merece ser desmitificado. Em caso de uma possível contraposição, esta ocorreria necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, assunto discutido por autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais (STRECK, 2011, p. 76).

Considerando o conteúdo contramajoritário presente no âmbito da jurisdição constitucional é que se ampara a tese da possível convivência entre democracia e constitucionalismo. Para além disso, a Constituição passa a ser, em determinadas circunstâncias, condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição deixou de legado. A Constituição, portanto, não obstrui a democracia (STRECK, 2011, p. 77).

O atual protagonismo do Judiciário pode ser visto como uma situação positiva para o contexto constitucional, contanto que as decisões judiciais protejam o sistema democrático e garanta os direitos fundamentais, ou seja, que haja limites impostos por uma jurisdição constitucional bem exercida. Por outro lado, quando essa atuação desrespeita os limites constitucionais e as regras do jogo democrático, podemos ter enormes prejuízos à democracia (BORGES; ROMANELLI, 2016, p. 231).

A proteção das minorias esbarra frontalmente com o princípio majoritário, tendo em vista que o “voto da maioria” seria uma das

principais expressões da vontade popular. Dessa forma, defender a escolha da maioria seria duvidar do verdadeiro dimensionamento do direito das minorias, pois aquela decisão pode vir a ser desfavorável aos seus direitos (COURA; ESCOSSIA, 2015, p. 69).

Nesse contexto, o STF exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive aqueles emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ao desempenhar esta atribuição, o Supremo (composto por onze ministros) pode invalidar atos do Congresso (composto por centenas de representantes eleitos pelo povo) e do Presidente da República (eleito com dezenas de milhões de votos). Significa dizer: alguns ministros podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática (BARROSO, 2015, p. 36).

Para o ministro Luis Roberto Barroso (2017, p. 15) o STF desempenha dois papéis distintos. Um é o contramajoritário, quando invalida atos dos outros Poderes em nome da Constituição. O outro é o representativo, quando, em certas circunstâncias, atende as demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso. Sobre o papel contramajoritário, Barroso afirmou que o STF “pode e deve fazê-lo para defender as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais.”

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é baseada em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, correspondentes ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política que não podem ser derrubados pela decisão política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos (BARROSO, 2015, p. 36).

A proteção dos direitos fundamentais significa, conforme assevera Novais (2006, p. 17), um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado, visto que num regime político

baseado na regra da maioria, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta maioria decide conforme os procedimentos democráticos instituídos.

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, exige igualdade e liberdade individual, as quais conduzem à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político. Se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito (NOVAIS, 2006, p. 19).

Em contrapartida, a harmonia entre democracia e Estado de Direito pode ser comprometida. Essa tensão pode ser verificada quando a maioria no poder ameaça os direitos fundamentais da minoria. Poderá acontecer, então, que a minoria derrotada venha a obter no órgão judicial responsável pela jurisdição constitucional um provimento favorável, vencendo a maioria democraticamente eleita, o que constitui uma contestação institucional ao princípio da maioria (NOVAIS, 2006, p. 20-22).

Como destacado por Barroso (2017, p. 16) “À falta de atuação legislativa para atender essas demandas da sociedade, coube ao STF, interpretando princípios constitucionais, formular as respostas constitucionalmente adequadas.” O ministro afirmou, inclusive, que “onde houver um direito fundamental em questão ou um interesse relevante da sociedade, o tribunal não pode se omitir.”

Quando o tribunal guardião da Constituição decide para “garantir um direito fundamental” mediante uma lacuna legislativa, ou dando uma nova interpretação para a norma constitucional, ele atua ativamente. Essa atuação pode impactar negativamente a Democracia,

pois adentra a esfera do Poder Legislativo, relativizando o princípio da tripartição dos poderes.

Nesse ponto, emerge o caso do HC 126.292, que relativizou o estado de inocência, permitindo a execução provisória da pena e aniquilando o direito fundamental de liberdade, tendo em vista a desnecessidade do trânsito em julgado. Tal decisão rompeu com a legalidade desprezando as “regras do jogo”.

OSTF, atendendo ao clamor público, ao sentimento de impunidade, à pressão da mídia, alterou seu entendimento, o qual estava estável há anos, e permitiu a execução provisória da pena. Nesse caso específico, o Supremo parece ter negado seu papel contramajoritário, pois relativizou um direito fundamental individual, priorizando uma tendência punitivista sob o pretexto de conferir maior eficácia aos ditames constitucionais. A moldura normativa imposta pelo ordenamento jurídico foi rompida, demonstrando a ilegalidade do ato de execução consubstanciado na ausência de uma interpretação autêntica conforme a proposição de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito (2009, p. 395), tendo em vista a inexistência de trânsito em julgado.

Os ministros Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016a, p. 41) e Gilmar Mendes (BRASIL, 2016a, p. 72) concordaram que com o avanço do processo a presunção de inocência vai “diminuindo” e a culpa vai ficando demonstrada. Ou seja, não existiria um ponto exato em que se passaria da inocente à culpado. Essa progressão seria gradativa.

O ministro Barroso justifica a relativização do estado de inocência afirmando que o impedimento da execução implica consequências negativas para a justiça criminal: 1) seria um incentivo à infundável interposição de recursos; 2) reforçaria a seletividade do sistema penal, visto que só recorre quem tem condições financeiras e 3) agrava o descrédito da justiça perante a sociedade (BRASIL, 2016a, p. 32-34).

Outra justificativa do ministro Barroso para permitir a execução provisória da pena, em um verdadeiro exercício de futurologia, era de que a alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena teria impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente (a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juizes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução), bem como produziria um efeito republicano e igualitário sobre o sistema (BRASIL, 2016a, p. 52).

Essa expectativa do ministro Barroso não se confirmou. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2019), a população carcerária continua aumentando, sendo que aproximadamente 25% das pessoas presas no Brasil estão cumprindo a pena provisoriamente.

Denota-se, portanto, que o papel contramajoritário do STF (segundo as decisões da corte) pode ser relativizado para atender um “clamor social”, diante de uma interpretação equivocada da norma constitucional ou mesmo diante de uma lacuna legislativa. O STF, ao negar seu papel contramajoritário, vulnerabiliza as minorias, sujeitando-as à vontade de uma maioria democraticamente constituída.

Nesse contexto, diante da força da maioria bem como da pressão exercida pela mídia e clamor social, especialmente nesses casos, o STF deveria impor seu papel constitucional de guardião da Constituição para aplicar a norma constitucional em defesa das minorias vulneráveis que ficam sujeitas à “tirania da maioria” que pressiona o Estado sob o pretexto de fazer justiça diante do sentimento de anomia que ronda a sociedade atualmente.

3.2 Ativismo judicial (ou invasão das esferas de competência)

De acordo com Vale (2007, p. 67), o Direito Constitucional atual estaria envolto por uma atmosfera teórica, metodológica e ideológica do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, presente em diferentes aspectos nas teorias de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Mesmo que os citados autores não possam ser reunidos numa única corrente de pensamento, é possível encontrar em suas teorias algumas características de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma “nova cultura jurídica”.

Essa nova cultura jurídica emergiu a partir da Segunda Guerra Mundial, definindo alcances de sua amplitude semântica como sendo três, podendo ser resumidos pelo seguinte: (i) um suporte teórico maior e envolvente de (ii) novas práticas jurisprudenciais e (iii) novas especificidades dos textos constitucionais (SANTOS, 2018, p. 27).

Conforme assinala Barroso (2017, p. 10), a doutrina pós-positivista busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Esta leitura moral citada pelo Ministro Barroso encontra guarida no campo da subjetividade, ampliando as possibilidades de interpretação das regras e princípios⁶.

⁶ Segundo Zagrebelsky, tanto regras como princípios são normas, mas as normas legais se apresentam como regras e as normas constitucionais como princípios. Dessa forma se faz necessário distinguir regras e princípios. Zagrebelsky elenca seis pontos que distinguem regras de princípios: a) apenas os princípios desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica. As regras, mesmo as constitucionais, são leis reforçadas que se esgotam em si mesmas; b) as regras são interpretadas unicamente pela análise linguística, enquanto os princípios devem ser pré-compreendidos em seu *ethos*; c) O operador deve obedecer às regras. Já os princípios reclamam uma adesão do operador, por isso a necessária pré-compreensão do seu mundo de valores; d) as regras se apresentam como critérios de ação/omissão; já os princípios são critérios para uma tomada de posição (adesão) ante situações concretas; e) As regras são obedecidas e aplicadas mecânica e passivamente, os princípios exigem uma tomada

Paradoxalmente, apesar de afirmar que a doutrina pós-positivista não despreza o direito posto, a decisão do STF no HC 126.292 que permitiu a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória rompeu a moldura normativa e contrariou frontalmente o direito posto, positivado no art. 5º, LVII da Constituição, fazendo uso dos discursos permitidos pelo chamado neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo⁷ passou a ser uma convicção filosófica e política sobre como deve ser o direito. As proposições dessa ideologia se resumem em alguns pontos: (i) existência de uma conexão entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo; (ii) preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios e a distinção destes com as regras; (iii) centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios (mas não só); (iv) o intento da realização do caráter material da Constituição por meio de um direito constitucional da efetividade e (v) o ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição (SANTOS, 2018, p. 30-31).

Tratando regras e princípios como espécies do gênero norma, distingui-las pressupõe que direitos fundamentais tenham um suporte

de posição incompatível com a máquina; f) a regras são operadas via subsunção, os princípios não se adequam a esse método (COSTA, 2006, p. 395-396).

⁷ De acordo com Lynch e Mendonça (2017, p. 977-978), o neoconstitucionalismo poderia ser identificado com uma teoria constitucional, elaborada a partir da década de 1970, a qual se baseia no conjunto de textos constitucionais europeus surgidos depois da segunda guerra e que não se restringiam a repartir competências, estruturar os poderes públicos e definir alguns direitos individuais; elas debelavam alto número de normas programáticas, condicionando a atuação do Estado por meio da fixação de finalidades públicas, sendo que muitos de seus dispositivos eram elaborados com a utilização de conceitos indeterminados. Com base neste novo padrão de constituição foram erigidos novos *topoi* hermenêuticos que popularizaram expressões como “técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, o efeito irradiação, a projeção horizontal dos direitos, o princípio *pro personae*, etc”. Os juízes passaram a lidar, então, com valores constitucionais que deveriam ser aplicados aos casos “de forma justificada e razoável, dotando-os, dessa maneira, de conteúdos normativos concretos.”

fático amplo. Significa dizer que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado da maneira mais ampla possível e que o conceito de intervenção nos direitos faz parte do suporte fático (SILVA, 2006, p. 24).

Para a Teoria dos Princípios, a principal diferença entre regras e princípios está na estrutura dos direitos que essas normas garantem. As regras garantem direitos ou impõe deveres definitivos, os quais devem ser realizados totalmente. Os princípios⁸, por outro lado, não exigem realização total; essa realização é parcial, visto que há diferença entre o que é garantido ou imposto *prima facie* e o que é garantido ou imposto definitivamente (SILVA, 2006, p. 27).

A não garantia a determinadas ações, estados ou posições jurídicas é a principal característica das teorias que pressupõe um suporte fático restrito, as quais se baseiam numa exclusão a priori de condutas ou situações de âmbito de proteção de alguns direitos (SILVA, 2006, p. 49).

Uma construção robusta do suporte fático ganha importância para elaboração de uma fundamentação apropriada. O suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção é baseado nas relações entre os conceitos de intervenção, bem protegido, restrição e proibição definitiva e *prima facie*. Tais relações podem ser expressas pelas denominadas “leis” de intervenção, bem como por meio de suas contraposições, conforme segue (ALEXY, 2015, p. 306):

⁸ Los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndolos “reaccionar” ante algun caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 111).

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(III) Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelo direito fundamental não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(IV) Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.

A partir dessas afirmações o Professor Alexy ensina que é possível construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que contenha todas as condições para uma consequência jurídica (proteção) desse direito e que esse conceito deve ser denominado suporte fático em sentido amplo. Para que essa proteção definitiva do direito fundamental ocorra, deve haver o preenchimento do suporte fático e o não preenchimento cláusula de restrição (ALEXY, 2015, p. 307-308).

A manutenção do suporte fático amplo é necessária, na opinião de Alexy, para que a definição das restrições definitivas de direitos fundamentais ocorra de maneira racional. Em se tratando de direitos fundamentais, os juízos somente serão corretos quando resultarem de um correto sopesamento, e essa ideia exige uma teoria ampla de suporte fático, a qual inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que atue em favor de sua proteção (ALEXY, 2015, p. 322).

Segundo Alexy (2015, p. 328), sempre que surgirem dúvidas sobre uma proteção ou não proteção constitucional, a Teoria do Suporte

Fático Amplo pode pressupor a existência de um caso concreto, o que abriria caminho para uma argumentação substancial orientada pela proporcionalidade e que poderia autorizar a relativização de um direito fundamental em detrimento de outro.

Essa abertura para a construção de um suporte fático amplo, resultando no sopesamento de princípios para aplicação de um ou outro quando em conflito, pode levar ao chamado ativismo judicial⁹.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada como título para qualificar a atuação da Suprema Corte Americana durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Durante este período ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a diversas práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2019, p. 432).

Tais transformações foram efetivadas sem a legitimidade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder. Todavia, apesar dessa crítica ideológica, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2019, p. 433).

No Brasil há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem:

⁹ Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís, inspirado em Alexy, pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador (VALE, 2007, p. 68).

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas insuficientes, a exemplo das decisões sobre direito à saúde (BARROSO, 2019, p. 434).

Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito. A judicialização é uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de contração do Poder Legislativo, de um distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, comportamento pelo qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes (BARROSO, 2019, p. 434).

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de normas vagas. A autocontenção, contudo, se caracteriza por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental

o respeito em relação às ações e omissões desses últimos (BARROSO, 2019, p. 435).

Na opinião de Barroso (2009, p. 24), o fenômeno do ativismo judicial teria, entretanto, uma face positiva: o Judiciário estaria atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.

Essa posição é negada por Santos (2018, p. 102) que afirma que o ativismo judicial não tem a ver com a expansão do Poder Judiciário em um “vácuo” do Poder Legislativo. A ineficiência do segundo não leva ao ativismo do primeiro. Poderia, contudo, proporcionar uma maior visibilidade às decisões ativistas pelo grau de popularidade e sensibilidade do tema em questão.

Na opinião de Santos (2018, p. 104-105) o ativismo judicial não é um fenômeno voluntário. Além de ser uma conduta individual, é resultado de um individualismo exacerbado aliado a um moralismo fruto de um subjetivismo. Seria a introjeção da moral e da política na fundamentação das decisões jurídicas.

Pode parecer um contrassenso apontar os riscos que o decisionismo do Poder Judiciário pode oferecer à soberania popular, mas a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas acaba por incitar uma aversão à política que tende a envolver de modo difuso os partidos políticos, as instâncias parlamentares e o poder executivo. Dessa forma, a política “prática” perde a confiança do povo, fazendo com que a política legislativa perca espaço como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, dentro das faculdades de direito tanto quanto para grande parte na sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público ganham visibilidade como parcialmente responsáveis

pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção (OLIVEIRA, 2008b, p. 5448).

De fato, o Poder Judiciário é muito importante para a democracia e não se pode negar que há corrupção na política. Mesmo assim, não há nenhuma razão para crer que a corrupção seja hoje maior que em outros períodos de nossa história, não obstante a ênfase com que o tema tem sido tratado nos últimos 20 anos. A corrupção vem diminuindo desde os anos 1970, em parte devido a liberdade de imprensa, em parte das ações do Ministério Público. A independência do Ministério Público e do Judiciário, a possibilidade de uma sociedade civil atuante e uma imprensa livre foram conquistas políticas, em grande parte resultantes da atividade política legislativa, cujo maior resultado foi a Constituição de 1988. Ou seja, algumas das características apontadas como “prova” da superioridade do poder judiciário em relação à política prática são exatamente o resultado de procedimentos políticos, disputas partidárias e negociações parlamentares (OLIVEIRA, 2008b, p. 5448-5449).

Jeremy Waldron (2006, p. 1361) afirma que a maioria das sociedades democráticas passaram de um momento em que lutaram contra várias formas de monarquia, tirania, ditadura ou dominação colonial para uma situação em que suas leis e seus direitos atualmente são feitos e suas políticas públicas são definidas por seus representantes eleitos. Essas sociedades possuem um sistema político amplamente democrático com sufrágio universal e uma legislatura representativa, para a qual as eleições são realizadas de maneira justa e regular, em que o órgão deliberativo esteja acostumado a lidar com questões difíceis, como justiça e política social. Os legisladores deliberam e votam em questões públicas, e os procedimentos para a elaboração de leis incorporam várias salvaguardas, como bicameralismo, escrutínio robusto de comitês e vários níveis de consideração, debate e votação. Esses processos se conectam formalmente e informalmente com

debates mais amplos na sociedade. Também existem partidos políticos e as afiliações partidárias dos legisladores são fundamentais para que eles os interesses e opiniões de seus constituintes imediatos.

Para Waldron (2006, p. 1361-1362), as instituições democráticas operam razoavelmente e em boa ordem. Elas podem não ser perfeitas e provavelmente existem debates em andamento sobre como eles podem ser melhorados. Esses debates são informados por uma cultura da democracia, valorizando a deliberação responsável e a igualdade política. A igualdade política merece ênfase particular. As instituições, os procedimentos e as práticas da legislação devem ser mantidos sob constante revisão a essa perspectiva, de modo que, se houver desigualdades de representação que derroguem seriamente o ideal de igualdade política, que o legislador seja capaz de organizar essa mudança, por sua própria iniciativa ou por referendo.

Esses pontos são enfatizados sobre uma cultura democrática e eleitoral e instituições legislativas em razoavelmente bom funcionamento, porque serão essenciais para fazer a seguinte pergunta: que motivo pode haver para querer estabelecer um processo não-seletivo para revisar e às vezes substituir o trabalho que o legislador fez? Quando se afirma que as instituições estão em boas condições de funcionamento, não se quer dizer que a legislação que o legislador razoavelmente democrático promova seja, em geral, boa ou justa, no que diz respeito ao seu conteúdo. Presume-se, portanto, que parte da legislação seja justa e injusta, e isso é verdade tanto para as medidas que podem estar sujeitas a revisão judicial como para as que ninguém se propõe a sujeitar para revisão judicial (WALDRON, 2006, p. 1362).

A população parece ter se convencido de que há algo de desonesto em um sistema no qual uma legislatura eleita - liderada por partidos políticos que tomam suas decisões observando o critério da maioria - tem a palavra final em questões de direito e princípios. O Congresso

parece ser considerado como *locus* indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos enfrentados pela sociedade moderna. A impressão é de que os tribunais são considerados locais mais adequados para solucionar as divergências (OLIVEIRA, 2008b, p. 5449).

Evidentemente, latente a esse pensamento amplamente difundido, vamos encontrar um efeito da sociedade liberal que, de alguma forma, nos últimos dois séculos, teórica e praticamente, demonizou o Estado e a política como sendo esferas ou desnecessárias ou subordinadas às atividades privadas, conferindo-lhes um poder quase “sobrenatural” de regulação das relações sociais. O efeito desse rebaixamento da política no senso comum foi a correlata supervalorização das chamadas “esferas técnicas”, que discursivamente seriam “livres da política e dos políticos”, levando a uma “preferência” por regimes tecnocráticos.

O ativismo judicial, dessa maneira, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a “racionalidade técnica” do STF conteria a “irracionalidade” da ação política do Legislativo, produziu consequências graves. O Supremo ocupou cada vez mais espaços e hoje desfruta de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o “clamor público”, e com esse mandato passou a promover a adequação das leis à sua própria racionalidade. A demonização da política parece ter sido o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário e os partidos são corruptos por princípio (OLIVEIRA, 2008b, p. 5449).

Segundo Lenio Streck (2011, p. 176), seria ativismo judicial, sim, uma decisão que aplicasse a jurisprudência dos valores denegando a estrutura mínima do texto constitucional, como se este fosse apenas a ponta do *iceberg* e debaixo dele estivessem os valores a serem “descobertos” pela “mente privilegiada” do intérprete.

O ativismo judicial é, pois, fruto do neoconstitucionalismo como ideologia de uma predação do Direito pela moral, ao contrário da judicialização da política. A judicialização é um movimento contingencial e inevitável, diferentemente do ativismo. Essa maior presença do Poder Judiciário pode levar a um fenômeno conhecido como “partidarização da Justiça” (SANTOS, 2018, p. 106).

A partidarização da justiça decorre da judicialização da política pelo desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário¹⁰ nas últimas décadas. A crença de que o julgador é um apóstata político pode ser a razão pela qual houve um aumento tanto da judicialização quanto do ativismo judicial. No Poder Executivo, candidatos vindos da iniciativa privada e tidos como apolíticos tem largado com vantagem nas corridas eleitorais. No Poder Legislativo, onde as funções do congressista se distanciam do rótulo da gestão eficiente, são vistos com maior desconfiança. O Poder Judiciário, tido como neutro e imparcial, acabou recebendo maior confiança (SANTOS, 2018, p. 106-107).

Como foi possível verificar, as teorias neoconstitucionalistas construíram o suporte para o surgimento do ativismo constitucional, o qual se destaca pela invasão do Poder Judiciário nas atribuições dos outros poderes, e no caso específico deste livro, pela autorização conferida pelo STF para executar a sentença penal antes do trânsito em julgado, invadindo a esfera do Poder Legislativo, buscando justificativa

¹⁰ Conforme Lynch (2017, p. 163), nos últimos anos teria surgido uma categoria nova, a do juiz e a do promotor de justiça que, respondendo apenas à própria consciência iluminada pela Constituição, entendem dever agir no sentido de combater a impunidade política, dentro do que o autor chama de “Revolução Judicialista”. O pensamento político da “Revolução Judicialista” encontra um bom termômetro na obra de Luís Roberto Barroso, que teria apostado na revitalização do direito constitucional como disciplina, convertendo-o em instrumento prático voltado para a concretização de valores constitucionais como os direitos humanos e a democracia liberal. Esse neoconstitucionalismo defendido por Barroso passou a tratar princípios constitucionais como regras cuja aplicação, baseada em enunciados relativamente vagos, possibilitariam ao juiz decidir em certos e determinados casos valendo-se de uma ampla discricionariedade, dirigida por valores políticos éticos e comunitários. O direito constitucional, manejado pelas lentes do neoconstitucionalismo, teria por fim reconstruir a República brasileira contra seus males seculares.

para tal interferência no discurso em busca da efetivação das garantias dos direitos fundamentais, fazendo amplo uso de pré-conceitos morais e interpretações subjetivas.

3.3 Quem é (ou quem deveria ser) o guardião da constituição?

A Democracia é a base para as discussões entre as diversas correntes políticas contemporâneas, bem como para a manutenção do respeito aos direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos tanto quanto para que se tenha uma segurança jurídica que proporcione a todas as pessoas a execução de suas tarefas e trabalhos sem as surpresas das mudanças abruptas de entendimento dos tribunais acerca de um assunto específico e nem alterações legislativas que ocorram motivadas por clamor público ou pressão da mídia.

É a partir dessa base, da importância que a Democracia tem para a manutenção dos direitos fundamentais mais caros para todas as pessoas, que este ponto do estudo encontra justificativa. As já citadas mudanças de entendimento, tanto quanto as alterações legislativas, notadamente aquelas que ocorrem de maneira abrupta, causando surpresa para a população, ensejam um controle adequado.

A jurisdição constitucional é o meio pelo qual é feito o controle sobre a Constituição. No Brasil este controle é realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nos termos do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe ao STF a guarda da Constituição.

Na lição de Carl Schmitt, encontramos o sentido político, que distingue Constituição de lei constitucional. Constituição, no pensamento de Schmitt, "só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis

constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não teriam matéria de decisão política fundamental.” (SILVA, 2018, p. 40). Afirma-se, portanto, que na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do titular do poder constituinte (SILVA, 2018, p. 40).

Por outro lado, no sentido conceitual que aloca a Constituição no mundo do dever-ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais, encontra-se o pensamento de Hans Kelsen. A concepção kelseniana toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, a Constituição teria o significado de norma fundamental hipotética, cuja função seria embasar o fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivaleria à norma positiva suprema (SILVA, 2018, p. 41).

A análise histórica, por sua vez, demonstrou que o STF reafirmou a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado ainda no ano de 1991, no julgamento do HC 68.726. Após anos de debate, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, a Suprema Corte brasileira reconheceu a necessidade de observar com rigor o estado de inocência, direito fundamental do indivíduo previsto constitucionalmente, ao julgar o tema no HC 84.078 em 2009. Quando o STF, porém, modificou novamente o seu entendimento no julgamento do HC 126.292, “represtinando” um entendimento anterior, a segurança jurídica do povo em relação ao poder punitivo do Estado ficou comprometida. Essa mudança de entendimento relativizou não somente a segurança, mas também e mais contundentemente a liberdade.

Como visto anteriormente neste livro, o julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54 reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP

conforme a redação de 2011. Com efeito, a execução da pena antes do trânsito em julgado foi considerada, mais uma vez, inconstitucional.

Diante dessa flutuação interpretativa, dessa instabilidade jurídica, emerge, então, a pergunta: Quem deveria ser o guardião da Constituição? Para tanto, revisitaremos os argumentos de Hans Kelsen e Carl Schmitt, que na primeira metade do século XX travaram o famoso debate defendendo seus pontos de vista sobre quem deveria ser o guardião da Constituição.

3.3.1 O Presidente do Reich como guardião da Constituição

Carl Schmitt traz na obra intitulada “O Guardião da Constituição” a afirmação de que esta responsabilidade recairia sobre o Presidente do Reich. Caberia ao Presidente, e somente a ele, dizer sobre a constitucionalidade ou não da norma questionada. A jurisdição constitucional seria exclusiva do Presidente do Reich e este poder decorre da visão que Carl Schmitt tinha da própria constituição, a qual não seria apenas um simples conjunto de leis constitucionais, mas seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política que define o modo e a forma de sua existência, conforme explicou Gilmar Ferreira Mendes no prefácio da versão brasileira (SCHMITT, 2007, p. 11).

Ao dissertar sobre o embasamento democrático da posição do Presidente do Reich, Schmitt afirma que os juizes não tinham de forma alguma, naquele Estado, o objetivo de criar um titular da correta vontade política, mas sim de delimitar e garantir uma esfera de justiça vinculada à lei dentro do ser estatal ordenado (SCHMITT, 2007, p. 229).

O soberano – Presidente do Reich – seria, necessariamente, o operador político supremo, podendo intervir a qualquer momento sobre o mundo jurídico, pois ele representa um poder que não se submete

nem deriva de nenhum outro, emulando um poder ilimitado que não pode ser suprimido por nenhum poder ou norma (PINTO, 2015, p. 107).

Como o Presidente do Reich tem o poder de decisão, mister abordar a decisão judicial. Para Schmitt, a sentença judicial é a subsunção do fato à norma, determinada previamente pela lei. Assim, o Poder Judiciário não poderia estar acima da lei. Na sua concepção, uma norma jurídica não poderia ser defendida por outra norma jurídica. O que acontece, nesse caso, é a aplicação da norma a um conteúdo, e o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como consequência o problema é da legislação, e não da justiça (BERCOVICI, 2003, p. 195).

A resistência de Carl Schmitt em relação ao controle constitucional de constitucionalidade está atrelada à sua concepção de Constituição (esta só seria válida quando proveniente e estabelecida pela vontade do poder constituinte). A norma vale porque foi positivada segundo uma vontade existente, cuja unidade e ordenação residem na unidade política do Estado.

Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Em sentido positivo, a Constituição surge mediante ato do poder constituinte, que por um único momento de decisão contém a totalidade da unidade política, cuja validade decorre da vontade política do poder constituinte. A lei constitucional, entretanto, vale com fundamento na Constituição e toda lei, inclusive a constitucional, necessita de uma decisão política prévia para se tornar válida (BERCOVICI, 2003, p. 196).

O conceito de Constituição do Estado de Direito seria o conceito ideal de Constituição para Schmitt. O Estado de Direito, entretanto, só integraria uma de suas partes; a outra parte versa sobre a decisão sobre a forma de decisão política, de modo que a separação de poderes

e direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição (BERCOVICI, 2003, p. 196).

A decisão política, que repousa nas mãos do Presidente do Reich, encontra legitimidade na homogeneidade do povo, que segundo Carl Schmitt, é a característica essencial da democracia, que tenta realizar a identidade entre governantes e governados, onde o Estado passa a ser a auto-organização da sociedade. A neutralidade e a não-intervenção do Estado são abandonadas, tornando-se um Estado total, onde os partidos políticos inviabilizam a tomada de decisões. Somente com uma autoridade política estável e alocada fora dos partidos políticos e forças sociais haveria efetivação das garantias constitucionais (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Nesse diapasão, as violações à Constituição poderiam ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos, ou que não é superior aos outros, mas que tenha a função de coordená-los, ou seja, um poder neutro. Esse poder estaria no nível de todos os poderes constitucionais - cuja atribuição especial seria garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição - e estaria nas mãos do Presidente do Reich eleito por toda a nação (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Segundo Furlan (2010, p. 131) Schmitt compreende que o guardião da Constituição não estaria acima dos outros poderes constitucionais, mas ao lado, em uma relação de coordenação e que esse guardião não teria uma atuação contínua e regulamentadora, mas apenas intermediária, defensora e reguladora, atuando somente em momentos de emergência.

Além do poder neutro, o Presidente do Reich também tem uma função de integração política, pois representa a unidade política de todo o Estado. Este poder garante uma independência política,

semelhante à do juiz, o que assegura uma participação autônoma e positiva do Presidente na orientação ou influência sobre a vontade política. Dessa forma, o Presidente do Reich não garantiria apenas a Constituição, mas também do povo como conjunto político. Ele seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade na nação (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Quando Schmitt propõe a soberania como um poder máximo, juridicamente independente, o que se tem é um amplo e consistente pano de fundo teórico político explicitando as relações entre direito e poder, e é nesse contexto que o conceito de guardião da constituição precisa ser lido (PINTO, 2015, p. 108).

Entre os motivos que levaram Schmitt a escolher o Presidente do Reich como guardião da Constituição, pode-se visualizar o que segue: o Presidente ocuparia uma posição de neutralidade e independência político partidária; gozaria de relativa estabilidade; teria poderes suficientes para atuar em caso de necessidade; o princípio democrático seria preservado diante da eleição do Presidente pelo povo e que o Presidente representaria um contrapeso diante do pluralismo de grupos sociais e econômicos de poder (FURLAN, 2010, p.131-132).

Como representante do decisionismo, Schmitt sempre combateu a ideia de um tribunal constitucional. Afirmava que uma corte com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária, não poderia ser considerada uma corte judiciária (LIMA, 2003, p. 205).

Um dos fundamentos aduzidos por Schmitt para negar o tribunal constitucional é de que poderia haver equívoco quanto à definição de Estado de Direito, em que todas as questões poderiam ser levadas à análise judicial, inclusive questões políticas, as quais seriam assuntos

exclusivos do legislador e não do judiciário (FURLAN, 2010, p.133), além de que a revisão dos atos do legislativo por um Tribunal Constitucional seriam uma afronta à separação dos poderes (FURLAN, 2010, p.135).

Carl Schmitt parte de uma radical divisão ente o político e o jurídico, sob pena de implicar uma visão contrária capaz de descaracterizar a natureza da decisão política fundamental, que deve garantir a unidade da Constituição. Toda decisão judicial já está contida na lei, sendo obtida por dedução. Com efeito, a jurisdição não produziria direito, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do legislador enquanto decisão política (CHHRUR, 2015, p. 59).

Dessa forma, entendendo que a atividade se limita simplesmente ao mero exercício de subsunção da norma a um fato, não pode a atividade jurisdicional assumir o dever de julgar eventual inconstitucionalidade de leis ordinárias, pois não haveria mais subsunção de norma ao fato, e sim à outra norma de hierarquia superior (CHHRUR, 2015, p. 60).

A ideia de o Presidente do Reich – idealizada por Schmitt – para ser o Guardião da Constituição, proposta combatida veementemente por Kelsen, parece aparentar incompatibilidade com a democracia. Com isso ganha importância a análise do Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição e se esta seria uma instituição mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

3.3.2 O Tribunal Constitucional como guardião da Constituição

Para contextualizar a proposta de um Tribunal Constitucional conforme o pensamento de Kelsen, deve-se lembrar que na Alemanha do início do século XX o constitucionalismo operava a submissão do direito à política, invertendo a possibilidade de um Estado Democrático

de Direito e que as construções teóricas para uma democracia liberal perdiam importância. Esse decisionismo político era fruto de reflexões antidemocráticas que excluíam a participação de outros atores sociais em processos decisórios, inclusive judiciais (LIMA, 2003, p. 203).

Esse era o decisionismo defendido por Carl Schmitt, que entendia que, em casos mais importantes, o poder de decisão tinha de ser centralizado no Presidente do Reich, o qual representava a unidade e integração bem como a vontade geral do povo, e que por isso somente ele poderia dizer sobre a constitucionalidade das normas por ser esta uma decisão política, já que na aplicação do direito pelo juiz não existiria criação de direito, apenas subsunção da norma ao fato.

O fato de Schmitt identificar o Estado alemão uma unidade indivisível e homogênea de todo o povo e que transfere para o Presidente do Reich a missão de defender essa unidade não passa de uma ficção na visão de Kelsen, pois esta ideia de vontade geral não existira, da mesma forma que uma eleição não ofereceria nenhuma garantia (FURLAN, 2010, p. 137).

Conforme assinalado por Chahrur (2015, p. 64), Kelsen antevia a ameaça que o Presidente do Reich oferecia à própria Constituição estabelecida, afirmando que aquele com maior oportunidade de cometer uma violação não poderia ser conduzido ao posto de guardião; “ninguém pode ser juiz em causa própria”.

Schmitt entendia que o controle judicial de constitucionalidade somente poderia existir em um Estado judicialista, em que a totalidade da política fosse submetida ao controle dos tribunais, cuja consequência não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Uma das críticas tecidas por Kelsen à Schmitt diz respeito à essa concepção de Schmitt sobre o judiciário, que seria um mero

aplicador do direito de acordo com o fato pré-determinado pelo legislador. Ao contrário do que defendia Schmitt, Kelsen entendia que quando o legislador confere ao juiz, dentro de limites determinados pelo ordenamento jurídico, a ponderação sobre interesses contrários e a decisão para decidir estes conflitos, o legislador também estaria possibilitando ao juiz a criação do direito, conferindo à função judicial o mesmo caráter político. Para Kelsen, esse conflito jurídico seria, na verdade, um conflito político de poder (LIMA, 2003, p. 205).

Kelsen percebia que a luta pela implementação da jurisdição constitucional possibilitaria o fortalecimento da democracia. Esta era entendida como a possibilidade de diferentes atores sociais enfrentarem o Estado numa arena em que o poder deste Estado fosse relativizado (LIMA, 2003, p. 207).

A garantia jurisdicional da constituição, ou seja, a jurisdição constitucional tem como finalidade garantir o exercício regular das funções estatais, além de ter um caráter jurídico, pois consistem em atos jurídicos. Estes atos podem criar direito – normas jurídicas – ou então executar direitos, cujas normas jurídicas foram previamente estabelecidas pelo ordenamento (KELSEN, 2013, p. 123-124).

Kelsen afirma que o caráter democrático do Tribunal seria resguardado pela nomeação dos seus membros, bem como levando em consideração suas posições jurídicas, admitindo inclusive a admissão de seus membros por meio de eleição, ainda que entenda ser ideal uma composição mista, composta por membros do governo, parlamentares e juizes de carreira (FURLAN, 2010, p. 138).

Kelsen afirma que a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos que vão delimitar o exercício do poder e que a garantia da Constituição significa que esses limites pré-estabelecidos não serão ultrapassados (KELSEN, 2013, p. 240).

Depois de estabelecido o conteúdo da Constituição e a consequente necessidade de sua manutenção, surge, para Kelsen, caso não mantida essa ordem, o fenômeno da inconstitucionalidade, que pode ser formal, quando desrespeitada a forma de sua confecção ou material, quando tiver conteúdo divergente com o disposto na constituição (KELSEN, 2013, p. 132).

As garantias, por fim, referem-se às garantias da responsabilização pessoal do órgão que aplicou a lei. Em relação a todas as garantias apresentadas, Kelsen afirma que a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição (KELSEN, 2013, p. 148).

Kelsen (2013, p. 150) passa, então, a discorrer sobre quem deveria ser o órgão responsável por anular os atos em desconformidade com a Constituição. Afirma que não poderia ser o parlamento, pois este teria a função de criador e não de aplicador do direito. A partir daí defende a ideia de um órgão autônomo, com a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional.

Kelsen reafirma a necessidade de um órgão independente ao ressaltar que é tão difícil quanto desejável desvincular a jurisdição constitucional da influência política, sendo que seus membros deveriam ser nomeados pelo legislativo, após apresentação pela Administração (KELSEN, 2013, p. 154).

Ao propor que o guardião da Constituição seja um Tribunal Constitucional, e que este tribunal poderia ser composto inclusive por membros escolhidos por meio de voto, parece haver, nesse ponto, um lugar para o pluralismo, para o debate. Em tese, o Tribunal Constitucional se alinharia mais adequadamente aos princípios democráticos.

3.3.3 Quem, afinal, deveria ser o guardião da Constituição?

De acordo com o que foi revisado até este momento, em tese, um Tribunal Constitucional parece alinhar-se de forma mais adequada aos princípios constitucionais democráticos. Quando se leva em consideração a flutuação interpretativa proporcionada pelos distintos entendimentos individuais de cada um dos ministros do STF sobre uma matéria específica, fator que pode levar ao surgimento de instabilidade, insegurança e desconfiança, emerge a dúvida sobre a quem poderia se atribuiria um possível papel de regulador do STF.

No pensamento schmittiano, ao contrário do Poder Judiciário, apenas o Executivo poderia fazer frente à grandeza do parlamento, porque o único que ainda manteria a característica de representar o povo em sua unidade seria o Presidente do Reich, o único a se manter acima de todos os interesses parciais (BAHIA, 2004, p. 97).

O Presidente do Reich seria uma instância neutra e superior, capaz de unificar a vontade estatal. O chefe de Estado não seria apenas uma figura decorativa, pois possuiria importantes funções, entre as quais a de representar a continuidade e a permanência da unidade política e seu funcionamento homogêneo e por isso deveria ter uma autoridade tão importante para o Estado. Esse papel não seria realizado continuamente pelo Presidente, de forma a não deveria competir com os demais poderes, atuando apenas em casos de necessidade e excepcionalidade. A doutrina schmittiana se fundamenta na teoria política do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, para quem os conflitos políticos podem ser resolvidos, excepcionalmente, por um órgão neutro, intermediário e regulador, que se coloque não numa relação de superioridade, mas de coordenação (BAHIA, 2004, p. 98).

O Presidente do Reich seria o único que poderia ser o “Guardião da Constituição”, pois que não estaria sujeito às paixões dos partidos e logo só ele poderia resolver os conflitos dos grupos pluralistas, que, disputando em equilíbrio, ameaçavam a Constituição, como ordem política da unidade do povo alemão. Em resposta à teoria de Schmitt, Kelsen publicou o artigo “Quem deve ser o defensor da Constituição?”

A crítica de Kelsen foi desenvolvida principalmente sobre a defesa do controle judicial da Constituição em face do caráter ideológico da argumentação de Schmitt. Kelsen atacou primeiramente a distinção feita por Schmitt entre controle e defesa da Constituição, dizendo ser essa uma distinção apenas terminológica. Schmitt havia tentado retirar o caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao argumento de que, em um processo comum, decide-se uma causa, enquanto o Tribunal Constitucional apenas resolveria acerca de divergências acerca de uma lei. Kelsen rebateu afirmando que na maior parte das decisões judiciais decidem-se divergências sobre o conteúdo de uma lei; se não há divergências, cessa a jurisdição. Valendo-se da própria teoria de Schmitt, seria possível concluir que, em um processo sobre a constitucionalidade, há tanta subsunção quanto em um processo criminal, por exemplo. O problema seria que Schmitt concebia o controle de constitucionalidade como o confronto entre duas leis, o que não corresponde ao pensamento kelseniano, mais complexo: para Kelsen, o controle visa averiguar o processo legislativo como realidade subsumível à Constituição da mesma forma como a doutrina clássica desenvolve a subsunção tendo o fato como premissa menor e a norma como premissa maior (BAHIA, 2004, p. 98).

Talvez, nesse ponto, a possibilidade de o presidente do Poder Executivo exercer um papel moderador, revisor das decisões de um Tribunal Constitucional, não parece tão absurda. A discussão sobre o Guardião da Constituição deveria ser entendida como parâmetro crítico

no intuito de racionalizar sobre os verdadeiros limites de atuação e sobre qual é o realmente o papel do STF, se este deve buscar a efetivação de alguns direitos em detrimento dos direitos fundamentais individuais ou se deve respeitar as regras do jogo, guardando a Constituição e fazendo valer o texto constitucional, atuando contramajoritariamente, mesmo que isto signifique “ignorar” o clamor público.

A questão é relevante e merece debate. Há somente um poder legítimo que pode dizer sobre o tema. Conforme o entendimento de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2004, p. 102), somente os cidadãos, legítimos intérpretes da Constituição, podem não apenas guardá-la, mas também desenvolvê-la procedimentalmente em suas relações diárias.

A Constituição não deixa dúvidas: todo poder demanda do povo. O povo, formado pela união dos indivíduos, legitima o poder da Constituição e a ela se submete, mas para que seja mantida a paz social, há que se preservar a estabilidade das decisões, proporcionando segurança e elevando a confiança nas instituições democráticas.

3.4 Instabilidade, insegurança, desconfiança e o impacto nas instituições democráticas

Aristóteles, ao afirmar que é preferível o domínio da lei ao domínio de um dos cidadãos, concluiu que “a lei é o intelecto sem paixão”, querendo dizer que a lei impedia o regente de julgar parcialmente de acordo com suas amizades e inimizades (BOBBIO, 2008, p. 206).

Com os julgamentos imparciais, obedecendo os comandos normativos isentos de “paixão” ou qualquer outro viés subjetivo (amigos, inimigos), as leis poderiam ser aplicadas ou interpretadas de

maneira a garantir estabilidade e segurança, ampliando a confiança dos jurisdicionados em relação às decisões do Poder judiciário.

Para John Hart Ely (2010, p. 16) o interpretacionismo parece se adaptar melhor à noção comum de como o direito funciona: se a tarefa do juiz é aplicar a Constituição, é ela que ele deve aplicar, e não decidir de acordo com o que ele pensa que seja o melhor.

O direito constitucional existiria, portanto, para as situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para as situações em que ele é digno de confiança. Em outras palavras, o direito constitucional é mais importante no que tange a proteção dos direitos das minorias face à tirania das majorias, pois são nesses casos difíceis que a proteção constitucional se faz mais necessária (ELY, 2010, p. 246).

Em outras palavras, pode se dizer que o direito constitucional se prestaria para proteger os direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, especialmente àqueles que podem sofrer mitigação face à momentânea “tirania” da maioria. Teria a função de garantir os direitos sem se ocupar da manipulação das relações de poder.

Na teoria do direito subjetivo, “poder” seria uma situação subjetiva ativa consistente na capacidade de produzir efeitos jurídicos. No âmbito da teoria geral do direito, o campo de referência do poder é a produção e emprego das normas jurídicas, de forma que norma jurídica e poder são consideradas como duas faces da mesma moeda. Para quem se coloca do lado do poder, o ordenamento jurídico só existe se tem como fundamento um poder capaz de mantê-lo vivo. Por outro lado, para um jurista como Kelsen, o Estado é um conjunto de normas que são de fato respeitadas em um determinado território, de forma que primeiro existe o Direito e depois vem o poder (BOBBIO, 2008, p. 195-196).

Ao realizar uma dedução lógica, verifica-se que o poder sem o direito é cego, mas o direito sem o poder é vazio. Assim, o direito público

tradicional sempre seguiu o direito, partindo do poder, para realizar a distinção entre o poder de fato do poder legítimo, da mesma forma que a teoria normativa kelseniana do direito teve de seguir o poder para chegar a distinguir um ordenamento jurídico fictício de um ordenamento jurídico efetivo (BOBBIO, 2008, p. 196).

Dessa forma é possível concluir que existe um poder legítimo que é distinto do poder de fato, mas segundo dois opostos: o direito parte em busca daquilo que torna o poder legítimo, enquanto o poder busca aquilo que torna efetivo o direito (BOBBIO, 2008, p. 197).

A Constituição de 1988 demonstra de forma inequívoca a separação dos poderes, conferindo a cada qual sua competência e atribuições. Com efeito, a Constituição – expressão da vontade geral – delimita e legitima os poderes atribuídos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário para a consecução dos objetivos do Estado.

O que diferencia, contudo, o poder estatal de outras relações de poder é que o poder estatal é juridicamente regulado. As pessoas que exercem o poder como governo do Estado são autorizadas por um ordenamento jurídico para exercer aquele poder, produzindo e aplicando normas jurídicas (BOBBIO, 2008, p. 201).

Conforme asseverado anteriormente em outros pontos do presente livro, as invasões de um Poder na esfera de competência e atribuição de outros poderes podem facilitar o surgimento de tensões, seja ela decorrente da influência da mídia ou da população sobre questões relevantes, seja pelo discurso de busca da paz social na efetivação de outros direitos, ainda que relativizando direitos fundamentais individuais, de forma a dar uma resposta ao clamor público.

Quando o Poder Judiciário toma para si o papel de “justiceiro” – ao argumento de que o Poder Legislativo se mantém inerte ao

clamar social – aplicando entendimento contrário ao seu papel contramajoritário, algumas decisões acabam por extravasar o limite de poder atribuído pela Constituição, fato este que apresenta o potencial de gerar instabilidade, insegurança, desconfiança e impactando as instituições democráticas.

Esse impacto pode ser verificado pela própria divergência entre os membros do Supremo, que não obtém consenso sobre o alcance do estado de inocência, fazendo surgir na população e na comunidade jurídica a insegurança e desconfiança sobre a competência da Corte.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por seu turno, assim como alguns partidos políticos, ajuizou ações para que fosse declarada a constitucionalidade de um artigo de lei que foi modificado justamente para apresentar conformidade ao texto constitucional. O fato deste tipo de ação ser necessária demonstra, novamente, a instabilidade jurídica quanto ao tema do estado de inocência.

O Poder Legislativo, ciente do clamor social e diante do ativismo realizado pelo Poder judiciário, tem realizado propostas para modificar a legislação infraconstitucional e, até mesmo, propostas de emenda constitucional que teriam o condão de esvaziar a garantia do estado de inocência do indivíduo.

Dessa forma, perante o ativismo judicial demonstrado – o qual busca dar efetividade ao sistema punitivo garantindo a aplicação da lei penal, baseado no discurso da diminuição da impunidade bem como para sedimentar e renovar a confiabilidade das instituições – apresenta-se a Teoria da Moldura Normativa de Hans Kelsen como parâmetro decisório, como contraponto ao ativismo judicial, no intuito de buscar uma maior segurança e proteção dos direitos fundamentais,

que poderia então, restabelecer e ampliar a confiança nas instituições democráticas¹¹.

3.5 Crítica: a teoria da moldura normativa como parâmetro decisório

Segundo o proposto na Teoria Pura do Direito, o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de modo a corresponder a uma dentre várias significações da mesma norma. O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. O Direito deve se manter dentro dessa moldura, podendo ser preenchido em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Em outras palavras, o texto normativo estabelecerá uma moldura que admitiria várias decisões, as quais seriam consideradas corretas em face de fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo, e dentre elas poderia se extrair uma decisão considerada legal ou válida (CASTRO, 2012, p. 101).

O princípio constitucional da legalidade da execução significa que só pode haver um ato de execução com base numa lei, autorizado por uma lei. Se um tribunal produz um ato sem base legal, esse ato seria inconstitucional (KELSEN, 2013, p. 136).

Se enxergarmos o “político” na decisão, podemos encontrar um elemento de exercício de poder em toda sentença judiciária. A opinião

¹¹ Segundo relatório da *Varieties of Democracy* (2020) as autocracias estão aumentando em todo o mundo. O Brasil já não é mais uma democracia liberal, sendo atualmente o Brasil classificado como democracia eleitoral. Polarização tóxica, protestos em massa pró-autocracia e violência política aumentam em muitos países autocratizadores, como no Brasil. Para a publicação, os desenvolvimentos no Brasil sugerem que os primeiros passos da autocratização envolvem a eliminação da liberdade da mídia e a sociedade civil e o crescente viés da mídia nos anos anteriores da chegada ao poder do “populista brasileiro de extrema direita” Bolsonaro.

de que somente a legislação seria política é errônea. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar interesses contrastantes entre si, decidindo conflitos a favor de uma ou outra parte, está lhe conferindo um poder de criação de direito, um poder com o mesmo caráter político da legislação (KELSEN, 2013, p. 251).

Todo conflito jurídico seria, na verdade, um conflito de interesses ou de poder, de forma que toda controvérsia jurídica seria uma controvérsia política, e todo conflito de interesses, de poder ou político poderia ser decidido como controvérsia jurídica (KELSEN, 2013, p. 252).

Dessa forma, o resultado de uma interpretação jurídica deve ser realizado dentro da moldura do Direito a interpretar, dentro das várias possibilidades proporcionadas por essa delimitação. A interpretação de uma lei provavelmente não conduzirá somente a uma única solução, mas possivelmente a várias, de igual valor entre si. Não há uma solução mais certa do que a outra, o que existe é um ato de vontade – político – para a escolha da solução a aplicar (KELSEN, 2009, p. 390).

Kelsen diferenciava o trabalho do cientista do direito do trabalho do aplicador do direito. O cientista do direito seria o sujeito encarregado de interpretar a ordem jurídica e identificar as múltiplas possibilidades de aplicação da lei dentro da moldura, pautado pela neutralidade. O aplicador do direito, por sua vez, teria por função decidir a partir do direito legislado, devendo escolher uma dentre as várias significações no momento da aplicação da lei ao caso concreto, num ato de vontade que teria natureza política (CASTRO, 2012, p. 101).

Esse ato de vontade de natureza política distingue a interpretação jurídica feita pelo aplicador do direito de qualquer outra interpretação, especialmente a interpretação do cientista do direito, sendo uma interpretação autêntica que cria Direito, em cuja base está sempre o poder (CASTRO, 2012, p. 102).

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral, cujo reconhecimento da validade de uma norma ou sistema jurídico não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 241).

A incumbência de decidir o caso concreto é do aplicador do direito, que deverá escolher uma dentre as várias possibilidades delimitadas pela moldura imposta pela norma jurídica. Conforme aponta Oscar Correias (1989, p. 49), a Teoria Pura do Direito é uma obra que traz uma proposta de ciência pura, que deve descrever as normas e não opinar se estas são ou não justas. Ou seja, não cabe ao aplicador do direito avaliar a justeza da norma, a decisão deve ficar sempre dentro dos limites da moldura.

Ao observar a filosofia política de Kelsen, representante maior do positivismo jurídico, pode-se concluir que ela admitia: a) a natureza política do ordenamento jurídico, pois estava fundada em um poder constituinte originário; b) a natureza política da atividade do aplicador do direito, encarregado da interpretação autêntica do ordenamento jurídico, baseada na discricionariedade do ato de vontade demonstrado pela escolha de uma entre as múltiplas opções que a moldura jurídica possibilita ao julgador; c) a irreduzibilidade do ato de decidir a uma mera operação lógico-formal tendo em vista o ato de escolher uma das múltiplas opções que a moldura jurídica disponibiliza, para a qual incidem as opções pessoais do julgador, acima de qualquer neutralidade, impossível nesta instância (CASTRO; SANCHES, 2015, p. 142).

Destaca-se que o positivismo kelseniano reconhece a validade das decisões jurídicas desenvolvidas de acordo com a estrutura descrita em sua teoria, de que qualquer decisão que esteja contida na referida moldura normativa pode ser considerada como uma interpretação válida. Apesar de a moldura significar certa delimitação

de possibilidades, entretanto, as variações interpretativas ainda são muitas e a ausência de outros parâmetros, como, por exemplo, a ética e a moral, poderiam comprometer as escolhas a serem feitas (CORRÊA; ALVES, 2015, p. 75).

Sobre o estado de inocência, o que o ordenamento jurídico brasileiro impõe atualmente, nos termos do art. 5º, LVII da Constituição de 1988, é que a culpa somente será formada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse ponto a norma é suficientemente clara para impedir qualquer interpretação que esvazie a garantia constitucional. Caso haja necessidade de manter uma pessoa presa, antes do trânsito em julgado, o ordenamento brasileiro oferece possibilidade. Ao preencher as hipóteses de cabimento do art. 313 do CPP, e observados os requisitos e fundamentos do art. 312, o acusado poderá permanecer preso preventivamente para assegurar o processo penal.

Kelsen (2009, p. 395), reconhece a possibilidade de uma decisão judicial que se situe fora da moldura normativa imposta pelo ordenamento, pois a interpretação autêntica do órgão aplicador tem a capacidade de criar Direito novo, desde que haja o trânsito em julgado, o que não aconteceu no caso da decisão aplicada pelo STF por ocasião do julgamento do HC 126.292.

Respeito e sujeição ao ordenamento jurídico fazem parte do princípio democrático. Respeitar a separação dos Poderes, cada qual dentro da sua esfera de competência e atribuições, é igualmente democrático. Aplicar a lei, na medida e dentro dos limites em que ela foi promulgada pelo Poder Legislativo, também é democrático.

Ao analisar o caso específico do estado de inocência, prisão e o cumprimento antecipado da sentença penal condenatória por de verificar que a moldura normativa imposta pelo ordenamento jurídico

brasileiro torna possível a restrição da liberdade de um indivíduo antes do trânsito em julgado por meio do instituto da prisão provisória. A execução da sentença penal condenatória anterior ao trânsito em julgado, contudo, é uma afronta ao texto constitucional no estado em que se encontra, além de uma violação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Este livro permitiu analisar o estado de inocência, as flutuações interpretativas no STF com a consequente mudança do marco inicial para o cumprimento da sentença penal condenatória, a separação dos poderes, a democracia, o ativismo judicial, o Guardião da Constituição e a Teoria da Moldura Normativa, tornando possível atingir algumas conclusões.

Demonstrou-se que o estado de inocência seria a terminologia mais adequada para ser utilizada no âmbito de um processo penal baseado em um sistema acusatório, em detrimento da utilização dos termos princípio da presunção de inocência e princípio da não culpabilidade.

Apesar de alguma divergência no campo doutrinário, foi possível determinar algumas características quanto às presunções. A presunção de inocência apresenta uma característica positiva, partindo do pressuposto que o acusado seria inocente. A presunção de não culpabilidade apresenta uma característica negativa, a qual parte do pressuposto de que o acusado não seria culpado.

Foi possível verificar, entretanto, que apesar desses princípios presumirem a inocência ou a não culpa, ainda que uma apresente uma característica positiva e a outra negativa, ambas presunções parecem ser faces opostas da mesma moeda.

O termo que, de fato, se distancia das presunções é o estado de inocência. Isso porque a inocência não aceita graduação, diferente da culpabilidade, para a qual pode se afirmar que um indivíduo é mais ou menos culpável. No estado de inocência, o indivíduo é inocente até que sua culpa seja formada após o trânsito em julgado. As presunções,

tanto de inocência quanto de não culpabilidade, demonstram que ao presumir uma situação ela não passa de uma hipótese. Assim, a presunção de inocência seria uma hipótese, a qual poderia vir a ser confirmada ao final do processo. O estado de inocência se difere da presunção por assegurar a inocência do acusado desde o início.

O acusado, imerso em um estado de corrupção e conseqüentemente abandonado, tem poucas chances de absolvição dentro de um processo penal. Dependendo da situação fática ou da pessoa do acusado, ele pode ser escolhido como o bode expiatório que vai purgar o mal da terra, ou pode simplesmente ser transformado em *homo sacer*, despidido de qualquer proteção. Para evitar a ocorrência deste tratamento ao acusado dentro de um processo penal constitucional se torna imperiosa a observação do estado de inocência.

Diante da demonstração da diferença semântica entre os termos analisados, optou-se por utilizar o estado de inocência, isso porque dentro de um processo penal com características acusatórias deve-se partir da garantia da inocência do acusado, não da mera hipótese de sua inocência. Essa opção vem ao encontro do que requer o processo penal constitucional amparado pelo Estado Democrático de Direito.

A previsão legal do estado de inocência e sua observância pelos Estados nem sempre foi garantida. Na Idade Média o processo partia do pressuposto que o acusado era culpado e a ele cabia comprovar sua inocência, características de um processo penal inquisitorial. Somente durante o iluminismo, principalmente com as revoluções americana e francesa no século XVIII, que se retomou um processo penal partindo do pressuposto da inocência do acusado, fato que valorizou o indivíduo e produziu efeitos quanto à prova de sua inocência e sobre a sua prisão. Foi durante esse período que a demonstração da culpa foi atribuída à acusação, pois não era mais o acusado de deveria demonstrar sua inocência.

Após o período das guerras mundiais, no começo do século XX, entretanto, que o estado de inocência ganhou mais espaço e proteção. As violações de direitos humanos ocorridas no período das guerras mundiais fizeram com que os Estados se reunissem e discutissem, elaborando diplomas internacionais sobre direitos humanos, fazendo previsão expressa sobre o estado de inocência, que levaram à constitucionalização deste direito fundamental nas Constituições do Estados.

No Brasil, após o período do regime militar, a Assembleia Constituinte promulgou – durante a retomada do governo civil – a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Foi a primeira vez que o estado de inocência foi insculpido no interior do ordenamento jurídico como direito fundamental, conforme o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Ao ser inserido no rol de direitos fundamentais, o estado de inocência recebeu a denotação de cláusula pétrea. Nos termos do art. 60, §4º, IV, os direitos fundamentais não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir esses direitos.

Ao estabelecer o estado de inocência como direito fundamental e cláusula pétrea, firmou-se uma posição quanto ao tratamento que deveria ser dispensado ao acusado durante um processo penal condizente com o sistema acusatório. A regra passou a ser de que ninguém seria considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essa norma constitucional foi ao encontro do que já previa a legislação infraconstitucional por meio da LEP, que estabelecia desde 1984 a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena. O CPP, por sua vez, não havia sido recepcionado pela Constituição

de 1988 no que dizia respeito à prisão decorrente de sentença. A adequação do CPP ocorreu somente em 2011, por meio da Lei 12.403, que modificou a redação do art. 283 para afirmar a necessidade do trânsito em julgado para legitimar a execução da pena.

O tema estado de inocência, entretanto, nunca foi pacificado no Brasil. O STF frequentemente analisa a matéria e vem promovendo flutuações interpretativas acerca do seu entendimento quanto ao marco inicial para o cumprimento da pena. O presente trabalho identificou os julgados paradigmáticos em que a Suprema Corte brasileira modificou seu entendimento, cuja flutuação interpretativa resultou em insegurança e desconfiança, abalando as instituições democráticas.

Apesar da previsão constitucional do estado de inocência promovida em 1988, o STF analisou a matéria no julgamento do HC 68.726 e permitiu a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, por entender que não havia conflito com a norma constitucional. Esse entendimento perdurou até 2009. Ao julgar o HC 84.078, o STF entendeu que a execução antecipada da pena violava o estado de inocência, direito fundamental do acusado, e passou a permitir o cumprimento da sentença somente após o trânsito em julgado. Finalmente, o STF havia reconhecido a importância do estado de inocência e sua compatibilidade com um processo penal constitucional amparado por um sistema acusatório dentro de um Estado Democrático de Direito.

O Brasil, entretanto, passou por vários escândalos de corrupção nos últimos anos. O clamor social por justiça, com a finalidade de acabar com a corrupção, bem como sua espetacularização, caracterizada pela intensa divulgação da insatisfação da população pela mídia tradicional e pelas mídias sociais, pode ter influenciado na atuação individual dos ministros do STF.

Quando o Supremo julgou o paradigmático HC 126.292, em 2016, a Corte, por maioria de votos, voltou a modificar seu entendimento e passou a permitir a execução antecipada da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Essa nova modificação de entendimento fomentou debates nos mais variados meios, pois violava o estado de inocência previsto constitucionalmente, tendo em vista que a decisão exarada pelo STF rompeu a moldura normativa imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo identificou e foi possível verificar que, após esse julgado, foram protocolizadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as ADCs 43 e 44, pugnano pela declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP conforme a redação adotada em 2011, a qual exigia o trânsito em julgado para execução da sentença penal condenatória. Também foi ajuizada a ADC 54, que atacava a súmula 122 do TRF4, que permitia a execução da pena após a confirmação da condenação por um colegiado.

Inicialmente, em sede de liminar, os pedidos foram indeferidos. Após o julgamento do mérito no final de 2019, entretanto, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, revalidando o estado de inocência. A súmula 122 do TRF4 teve seus efeitos suspensos por este tribunal.

Ao analisar os votos dos ministros do STF que permitiram a execução da pena por ocasião do julgamento do HC 126.292 foi possível identificar, no discurso adotado, os elementos ensejadores da declaração de legalidade para a execução antecipada da pena.

Alguns argumentos, fazendo uso de discursos apoiados em um suporte fático amplíssimo, identificavam a inércia dos outros Poderes da República para justificar as medidas excepcionais que seriam adotadas. A opção “política” da escolha dos ministros, possível pela

realização de uma interpretação consubstanciada no ato de vontade, se mostrou incompatível com a Constituição, pois rompeu a moldura normativa proposta.

A democracia, contudo, requer uma clara separação dos poderes. O Poder Judiciário tem sua competência e atribuições definidas pela Constituição, assim como o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Os poderes deveriam ser independentes e harmônicos entre si. Desrespeitar a separação dos poderes poderia resultar em impactos negativos para as instituições democráticas.

Conforme exposto neste livro, a sujeição dos cidadãos ao ordenamento jurídico é um princípio democrático. O ordenamento deve ser respeitado, esse é o pacto social. O respeito às regras do jogo é essencial para a manutenção da paz social. E todas as normas infraconstitucionais retiram seu critério de validade da Constituição. A Constituição, por sua vez, estabelece a separação dos poderes e atribui a cada um deles suas competências e atribuições.

Dessa forma, verifica-se que o STF, além de guardião da Constituição, tem um papel importantíssimo de proteger as minorias contra a tirania das majorias. Deve, portanto, atuar contramajoritariamente para proteger o texto constitucional e garantir aos indivíduos seus direitos fundamentais, sem ceder ao clamor social.

Foi possível verificar, entretanto, que ao permitir a execução antecipada da pena no julgamento do HC 126.292, o STF atendeu ao clamor social, ignorou seu dever de atuação contramajoritário, e realizou verdadeiro ativismo judicial para permitir a execução da pena ao arrepio da norma constitucional, desprezando o estado de inocência, amparado em um discurso que visava proteger outros direitos, para garantir a efetividade do processo penal e restabelecer a confiança nas instituições democráticas.

Essa atuação flutuante do STF levou ao estudo do guardião da Constituição. Foi possível verificar que a atuação de um tribunal constitucional como guardião da constituição – conforme proposto por Hans Kelsen – se aproximaria mais do que preconiza o Estado Democrático de Direito, justamente por não concentrar o poder de decisão nas mãos de um único homem. O argumento de Carl Schmitt, contudo, não pode ser desprezado. Um tribunal é composto por juízes que não foram eleitos pelo povo, ao contrário dos membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo. A questão paira, pois, sobre a legitimidade para exercer o poder. O Chefe do Executivo – na visão schmittiana – seria o politicamente legitimado para dizer sobre a constitucionalidade da norma. Ambas propostas têm argumentos positivos e negativos, mas o argumento que atua contra o Chefe do Executivo como guardião da Constituição é justamente a grande concentração de poder nas mãos um único indivíduo, demonstrado historicamente como algo não desejável. Por fim, verificou-se que o legítimo guardião da Constituição é o povo, do qual todo poder emana.

Demonstrou-se, também, que a instabilidade nas decisões, principalmente daquelas que emanam do STF, podem levar à insegurança, desconfiança e impactar nas instituições democráticas. Os impactos podem ser verificados pelos embates entre os representantes dos poderes da república, que disputam a demonstração do poder, bem como pode ser verificada pela análise das propostas de emendas constitucionais e de leis que visam legitimar a execução da pena sem ofender a Constituição. Foi possível verificar que existe um poder legítimo e um poder de fato, e que é a partir do ponto de vista que se adota – entre direito e poder – que as decisões são realizadas.

Dessa forma, o presente livro apresentou a teoria da moldura normativa de Hans Kelsen como parâmetro decisório. Verificou-se que o ordenamento jurídico pode oferecer várias possibilidades de escolha

para a solução dos casos judiciais. Não há somente uma resposta correta. O ordenamento proporciona opções para a tomada de decisão, mas a decisão deve ficar dentro de uma moldura que não pode ser rompida, sob pena de ofender a Constituição.

No caso do estado de inocência, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que não há possibilidade de se executar a sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, pois a norma constitucional é clara ao assegurar esse direito fundamental ao acusado. A moldura normativa estabelecida pelo ordenamento proporciona, entretanto, opções para a restrição da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado. Ou seja, se há necessidade de manter a prisão de um indivíduo, pode se encontrar no interior do ordenamento jurídico essa permissão. A antecipação da execução, contudo, rompe a moldura normativa delimitada pelo ordenamento, resultando em violação do estado de inocência e dos direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, jan./jun. 2014.

ASHWORTH, Andrew. Four Threats to the Presumption of Innocence. **The International Journal of Evidence & Proof**, n. 10, p. 241-279, 2006. Disponível em: www.heinonline.com. Acesso em: 21 jul. 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício De. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência. Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade. O "Guardião da Constituição" no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1009/R164-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 24-51, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri, n. 13, p. 17-32, 2009.

BASÍLIO, Andressa. Os maiores escândalos de corrupção do Brasil. **Revista Eletrônica Época Negócios**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/03/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BELLO, Ney. Democracia e direito penal: articulações necessárias. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-26/crime-castigo-democracia-direito-penal-articulacoes-necessarias>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6358834>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.

BORGES, Fernanda da Silva; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo Espetáculo: aproximações sobre as imagens públicas do STF. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 199-235, 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/media-coes/article/view/24619/19366>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRAATZ, Tatiani Heckert; BÚRIGO, Vandré Augusto. A origem do estado moderno - a concepção de Estado, de governo e de controle penal nas obras "O espírito das leis" e "Dos delitos e das penas": breves percepções. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, out./dez. 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 mai. 2019.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal - LEP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. 2019a. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 166 de 2018b**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 43**. Pena – Execução Provisória – Impossibilidade – Princípio Da Não Culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07 de novembro de 2019b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adc%2043&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 521**. Direito penal. Ação penal de competência originária. Operação sanguessuga. Fraude em licitação. Crime do art. 90 da lei 8.666/1993. Corrupção passiva. Quadrilha. Deputado federal. Falta de prova hábil. Absolvição. Relatora: Min. Rosa Weber, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28521%2ENUME%2E+OU+521%2EACMS%2E%29&base=base-Acordaos&url=http://tinyurl.com/sbu7d4y>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246/SP – São Paulo**. Constitucional. Recurso extraordinário. Princípio constitucional da presunção de inocência. Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. Relator: Min. Teori Zavascki, 10 de novembro de 2016b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28964246%2ENUME%2E+OU+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/vgfcfd>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.726/DF – Brasília**. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5, inciso LVII, da constituição. Habeas corpus indeferido. Relator: Min. Néri da Silveira, 28 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186> Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69.298/AC – Acre**. Inquérito policial arquivado. Reconhecimento, pelo magistrado sentenciante, de que a existência de referido inquérito policial legitima a formulação de juízo negativo de maus antecedentes. Inadmissibilidade. Ofensa ao postulado constitucional da não-culpabilidade. Consequente redução da pena ao seu mínimo legal. Consumação da prescrição penal. Pedido deferido em parte. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869298%2ENUME%2E+OU+69298%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ufy34mj>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71.169/SP – São Paulo**. Inexistência, no caso de excesso de prazo para a prisão cautelar, pois a nulidade da sentença por nulidade na fixação da pena não demanda a reabertura da instrução, e é pacífico o entendimento de que, encerrada a instrução, não há que se falar em excesso de prazo. Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º da Constituição Federal. *Habeas corpus* indeferido. Relator: Min. Moreira Alves, 16 de setembro de 1994. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871169%2ENUME%2E+OU+71169%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/tzvw3uf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 80.719/SP – São Paulo**. Crime hediondo. Alegada ocorrência de clamor público Temor de fuga do réu. Decretação de prisão preventiva. Razões de necessidade incorrentes. Inadmissibilidade da privação cautelar da liberdade. Pedido deferido. A prisão preventiva constitui medida cautelar de natureza excepcional. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de junho de 2001. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880719%2ENUME%2E+OU+80719%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/vhd68ap>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.029/SP – São Paulo**. Considerado o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884029%2ENUME%2E+OU+84029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/r7o2oes>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078/MG – Minas Gerais**. 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. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/tbjposm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.580/SP – São Paulo**. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Responsabilidade penal dos controladores e administradores de instituição financeira. Denúncia que não atribui comportamento específico e individualizado aos diretores da instituição financeira. Inexistência, outrossim, de dados probatórios mínimos que vinculem os pacientes ao evento delituoso. Inépcia da denúncia. Pedido deferido. Processo penal acusatório. Obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta. Relator: Min. Celso de Mello, 25 de agosto de 2009c. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884580%2E+OU+84580%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qvb24os>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.677/RS – Rio Grande do Sul**. AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. Relator: Min. Eros Grau, 23 de novembro de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84677%2E+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84677%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/orun6ny>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 88.500/RS – Rio Grande do Sul**. Condenação sem trânsito em julgado. Início da execução da pena. Possibilidade quando evidenciado o propósito protelatório. Ordem denegada com a cassação da liminar concedida. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 20 de outubro de 2009b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2377156>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 89.501/GO – Goiás**. Crime hediondo. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação jurídica idônea. Invocação de clamor público. Inadmissibilidade. Fuga do réu, Fundamento insuficiente que, por si só, não autoriza a decretação da prisão cautelar. Constrangimento ilegal reconhecido. Pedido deferido. A prisão preventiva constitui medida cautelar de natureza excepcional. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2889501%2ENUME%2E+OU+89501%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/t62tngl>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97.701/MS – Mato Grosso do Sul**. Tráfico de entorpecentes. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Requisitos. Ônus da prova. Ordem deferida em parte. Relator: Min. Ayres Britto, 21 de setembro 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897701%2ENUME%2E+OU+97701%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/u7ogyf>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 99.141/SP – São Paulo**. Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo qualificado. Progressão de regime. Requisitos. Artigo 112 da LEP. Situação processual indefinida. Existência de outra ação penal em curso contra o paciente. Negativa do benefício. Impossibilidade. Antecipação de juízo condenatório. Vedação. Princípio da presunção da inocência. Ordem parcialmente concedida. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de março de 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899141%2ENUME%2E+OU+99141%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/rgzotcw>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 107.448/MG – Minas Gerais**. Processo-crime – Prova. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 04 de outubro de 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107448%2ENUME%2E+OU+107448%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/vm84up6>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP – São Paulo**. 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. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752/PR – Paraná**. Habeas corpus. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril de 2018a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 313.021/SP – São Paulo**. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIO RODRIGUES DANTAS contra acórdão da 4.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos da apelação criminal n. 0009715-92.2010.8.26.0268, negou provimento ao recurso, determinando a expedição de mandado de prisão. Relator: Min. Francisco Falcão, 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890256474/habeas-corpus-hc-313021-sp-2014-0343909-3>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 42, p. 35-56, 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183>. Acesso em: 25 set. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de. A lógica de uma tensão. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 96-113, 30 set. 2012.

CASTRO, Matheus Felipe de. Considerações sobre a interpretação moral da constituição: a constitucionalização dos direitos fundamentais e os desafios a sua efetivação. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 64-73, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=934443252006>. Acesso em: 21 out. 2018.

CASTRO, Matheus Felipe de; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. Positivismo e Pós-Positivismo Constitucional: Um Debate no Seio da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Conpedi Law Review**, Florianópolis, v. 1, n. 4, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3420> Acesso em: 21 out. 2018.

CATTANEO, Giovanni. **Source, the Strength, and the True Spirit of Laws**. Londres: Lockyer Davis, 1753. Disponível em: www.heinonline.com. Acesso em: 30 out. 2019.

CHHRUR, Alan Ibn. O guardião da Constituição a partir da dualidade *politeia e nomoi*: o argumento de Hans Kelsen. **Revista Acadêmica de Filosofia e Teologia da Faculdade João Paulo II**, n. 12, p. 56-69, 2015. Disponível em: <http://fajopa.com/contemplacao/index.php/contemplacao/article/view/77/80>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A mutação (in)constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus n. 126.292/SP e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 11, p. 67-91, 2017.

COELHO, Mário. Cachoeira é solto após condenação na Justiça. **Revista Eletrônica Congresso em Foco**, Brasília, DF, 21 nov. 2012. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cachoeira-e-solto-apos-condenacao-na-justica/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira; ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 73-90, 2015.

CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: UNAM, 1989.

COSTA, Maurício Mesurini da. "EL DERECHO DUCTIL. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA" DE GUSTAVO ZAGREBELSKY. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, p. 393-398, jul./dez. 2006.

COURA, Alexandre de Castro; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos. A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 207, jul./set. 2015.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **A crise política e a denúncia**. Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo. Belo Horizonte: Letramento, 2017. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18802/Impeachment%20de%20Dilma%20Rousseff%20-%20entre%20o%20Congresso%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 127-146, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291>. Acesso em: 28 jul. 2018.

GAUDIOT, Alice Marie Freire. PEC do trânsito em julgado em 2º grau cria mais problemas do que traz soluções. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/alice-gaudiot-pec-transito-julgado-grau-cria-problemas>. Acesso em: 07 mar. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução: Maria Celina Bodin de Moraes e Gisele Cittadino. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://civillistica.com/sobre-legitimacao/>. Acesso em: 14 jun. 2020.

HERMES, Felipe. Os 10 maiores casos de corrupção da história do Brasil. **Revista Eletrônica Spotniks**, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://spotniks.com/os-10-maiores-casos-de-corrupcao-da-historia-do-brasil/>. Acesso em: 30 out. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; BRAGANÇA, Pedro Augusto Gomes de Oliveira. O princípio do estado de inocência e a atuação do supremo tribunal federal: historicidade e (des)continuidades em suspense na contemporaneidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 63-8, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/2326/pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Claudia. Os maiores escândalos de corrupção do Brasil. **Revista Eletrônica Superinteressante**, São Paulo, 24 fev. 2012. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil/>. Acesso em: 30 out. 2019.

LIMA, Fábio Fernando. O discurso jornalístico impresso e o “espetáculo” da democracia. **Estudos Linguísticos**, São Paulo, v. 46, n. 3, p. 1000-1015, 2017. Disponível em: <https://revistadogel.emnuvens.com.br/estudos-linguisticos/article/view/1564/1273>. Acesso em: 30 jan. 2020.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/Genese-Constituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#prefaceIntro>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; MOTA, Rafael Gonçalves. O Julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob a óptica do pensamento de Neil Maccormick sobre argumentação da decisão judicial. **Revista Observatório**, Palmas, v. 4, n. 5, p. 750-787, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/4976>. Acesso em: 15 ago. 2018.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/31>. Acesso em: 15 ago. 2018.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro**. 2016. Monografia. (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Tradução: Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer técnico.** Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judicialista”. **Insight Inteligência**, v. 20, n. 79, p. 158-168, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

MARTINS, Lucas Moraes. O significado político do *homo sacer* na filosofia de Giorgio Agamben. **Revista Científica internacional**, Campo dos Goytacazes, v. 11, n. 1, p. 23-41, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/471>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal:** da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito da Leis.** Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais:** Trunfos Contra A Maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do supremo tribunal federal. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, DF, p. 5444-5479, 2008b. **Anais** [...] Brasília, DF, 22 nov. 2008b.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Rosane de. Uso de algemas em operação da PF desagradada a Lula. **Clic RBS**, Porto Alegre, 15 jul. 2008a. Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/eleicoes2008/jsp/default.jsp?uf=&local=&action=noticias&id=2045356§ion=Not%EDcias>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42346>. Acesso em: 10 ago. 2019.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PUHL, Eduardo; CASTRO, Matheus Felipe de. O princípio constitucional do estado de inocência e o cumprimento antecipado de pena criminal. **Academia de Direito**, v. 1, p. 18-38, 20 nov. 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2452>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: Filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 26 jul. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler de; LOPES JÚNIOR, Aury. O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>. Acesso em: 31 jan. 2020.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: A ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **Boletim, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 27, n. 316, p. 03-06, mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHULTZ, Adilson. A violência e o sagrado segundo René Girard. **Revista Eletrônica do Núcleo de Estudos e Pesquisa do Protestantismo da Escola Superior de Teologia**, São Leopoldo, v. 03, p. 8-18, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/nepp/article/view/2155/2063>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. São Paulo: UNESP, 2017.

SEGURADO, Rosemary. A corrupção entre o espetáculo e a transparência das investigações: análise da atuação da polícia federal no âmbito da operação Lava Jato. **Revista Eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Casper Libero**, São Paulo, v. 20, n. 40, p. 04-15, ago./dez. 2017. Disponível em: <http://seer.casper-libero.edu.br/index.php/libero/article/view/898/852>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SELIGMAN, Felipe. STF limita uso de algemas a situações “excepcionais”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 ago. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0808200802.htm#:~:text=%22O%20que%20afirmamos%20hoje%20%C3%A9,algemas%20n%C3%A3o%20devem%20ser%20usadas.%22&text=A%20discuss%C3%A3o%20sobre%20o%20uso,Todos%20foram%20algemados>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: https://teiasocial.mpf.mp.br/images/3/31/Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 26 jul. 2018.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 366-381, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.23.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos Fundamentais: Estudos Jurídico-Dogmáticos**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo. PEC's contra a presunção da inocência são fraude à Constituição. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>. Acesso em: 07 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 9, n. 1, p. 67-77, 2007.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1407, abr. 2006. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr115&div=55&start_page=1346&collection=usjournals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 20 fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A Questão Criminal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

