

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

HELLEN CAROLINE PEREIRA FERNANDES

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
ANÁLISE CRÍTICA DA OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA
DA INTEGRIDADE DAS DECISÕES**

Curitiba

2020

HELLEN CAROLINE PEREIRA FERNANDES

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
ANÁLISE CRÍTICA DA OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA
DA INTEGRIDADE DAS DECISÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Estado, Poder e Jurisdição - Linha de Pesquisa: Processo e Jurisdição na Contemporaneidade.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Curitiba

2020

F363p Fernandes, Hellen Caroline Pereira
Presunção de inocência e execução provisória da
pena: análise crítica da oscilação jurisprudencial sob a
perspectiva da integridade das decisões / Helen Caroline
Pereira Fernandes. - Curitiba, 2020.
99 f.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz
Barboza
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Presunção de inocência. 2. Decisão judicial. 3.
Integridade. 4. Precedentes judiciais. 5. Fundamentação
jurídica. I. Título

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

HELLEN CAROLINE PEREIRA FERNANDES

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE
CRÍTICA DA OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA DA
INTEGRIDADE DAS DECISÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Estado, Poder e Jurisdição - Linha de Pesquisa: Processo e Jurisdição na Contemporaneidade.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR) – Orientadora

Prof.^a Dra. Amélia Sampaio Rossi
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Prof.^o Dr. André Peixoto de Souza
Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR)

Prof.^o Dr. Rui Carlo Dissenha
Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR)

Curitiba, 20 de fevereiro de 2020.

*Spread your wings and fly away
Fly away, far away
Spread your little wings and fly away
Fly away, far away
Pull yourself together
'Cos you know you should do better
That's because you're a free man*

(Spread your wings – Queen)

*À Mariana, Julia e Eduardo
Meu coração fora do peito*

À José Fernandes Sobrinho.

*Com meu amor
hoje
e sempre.*

AGRADECIMENTOS

Vim para Curitiba no início do ano de 2012. Com 18 anos de idade resolvi sair do interior da Bahia para desbravar uma nova possibilidade nessa terra um tanto quanto gelada – em todos os sentidos.

Assim que cheguei, passei no vestibular de Direito na PUC. Quanta emoção. Ingressei no curso e confesso que fiquei um pouco perdida, com muitas dúvidas em relação às minhas escolhas. Dúvidas essas misturadas com a saudade que sentia de casa. Mas persisti.

Colei grau em 24 de agosto de 2017 e, quatro meses depois passei no mestrado. Claro que nesse intervalo de tempo muitas coisas aconteceram. Perdi a pessoa que mais amei na vida. Tive crise depressiva e de ansiedade. Me curei. Me perdi novamente. Me reencontrei. E sigo buscando cada dia o melhor de mim, numa luta constante pelo aprimoramento como ser humano e como profissional.

Nesse momento, só consigo pensar como as coisas passam a fazer sentido. E quanta gratidão no meu peito por ver que mais um ciclo foi concluído.

Essa jornada seria muito mais cansativa – se não impossível – sem pessoas que me deram a mão, que me deram amor, que cuidaram e que me impulsionaram.

Início os agradecimentos à minha mãe e meus irmãos. São por eles que luto todos os dias. É um amor que me transborda e que faz tudo valer a pena.

Ao Osvaldo o meu mais sincero agradecimento por todos esses anos de companheirismo e cuidado. Que a vida possa nos proporcionar o melhor.

Agradeço a minha avó Otília por todo o cuidado e incentivo durante toda a minha vida. Aos meus tios, primos e demais familiares que de alguma forma estiveram por perto, prestando auxílio e torcendo por mim.

Agradeço aos meus bons amigos Thallyta, Bruna, Tainara, Maurício, Laís, Adriano, Mary, Luís e tantos outros que já peço desculpas por não conseguir nomear aqui. Aqueles que fazem meus dias mais felizes, leves e que estão ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Tem também a minha super coalizão! Amigos queridos que o mestrado me apresentou. Que prazer conhecer vocês Luciana, Gustavo, Carol e Renata. Que sigamos firmes no nosso propósito.

Meus agradecimentos ao Leonardo Paiva e André Johnsson por me iniciarem na vida profissional e que se tornaram pessoas de grande estima, sendo os principais responsáveis pela minha decisão em fazer o Mestrado.

Também agradeço a Dra. Adriana Benini pela oportunidade de conhecer o Direito por outro viés, sendo um exemplo de profissional e de pessoa, cuja integridade e responsabilidade contagia a todos que trabalham com ela. Agradeço também aos meus colegas de gabinete, Páblia e Vitor, que em tão pouco tempo ganharam lugar especial no meu coração.

Agradeço à Uninter pela bolsa a qual me possibilitou fazer o mestrado. Não posso deixar de agradecer aos professores do PPGD, ao Coordenador Prof. Daniel e à Anna e Elenice. Pessoas com quem aprendi um pouco mais a cada dia.

Meu agradecimento especial à minha orientadora, a Professora Estefânia Barboza, sempre disponível, gentil e que passa seus ensinamentos com leveza e humildade, fazendo crescer ainda mais meu amor pelo Direito Constitucional.

Minha gratidão e meu amor à Deus.

RESUMO

O presente estudo parte da constatação de que o sistema jurídico nacional vem passando por grande instabilidade, seja na função administrativa da Suprema Corte, como na ausência de agenda e modulação do *timing decisório*, quanto nas razões de decidir, utilizando-se de argumentos consequencialistas e de política. Para tanto, busca-se inspiração na teoria da integridade das decisões, visando a manutenção dos precedentes como um importante instrumento para a preservação da coerência do sistema jurídico. O tema centra do trabalho, aliado com a integridade das decisões, orbita no caso da presunção de inocência, o qual sofreu grandes alterações em um curto espaço de tempo, tendo decisões completamente dissonantes entre si. Para examinar o tema, o primeiro capítulo procura apresentar conceitos básicos e fundamentais acerca da presunção de inocência, além de sua origem e de suas características particulares, serão analisados os princípios e regras que regem o julgamento dos casos sobre o tema. Já o segundo capítulo intenta aprofundar as razões no direito enquanto prática argumentativa, perpassando pelo consequencialismo jurídico em contraponto com a integridade das decisões, pelas quais críticas que são feitas aos precedentes no Brasil. O terceiro e último capítulo traz uma breve consideração acerca das decisões judiciais que demonstram a instabilidade decisória do Supremo Tribunal Federal, com críticas às decisões consequencialistas diante da falta de vinculação de precedentes baseados em argumentos metajurídicos. Ainda, faz-se um apontamento crítico contra a mutação constitucional, fundamento esse também evocado durante o julgamento do tema. Por fim, é trazido à baila o novo posicionamento da Suprema Corte quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que sedimentou, novamente, seu entendimento no sentido de impossibilitar a execução provisória da pena.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Precedentes. Integridade. Romance em cadeia. Consequencialismo jurídico.

ABSTRACT

The present study is based on the observation that the national legal system has been experiencing great instability, both in the administrative function of the Supreme Court, in the absence of an agenda and in the modulation of decision-making timing, and in the reasons for deciding, using consequentialist and of policy. For this purpose, inspiration is sought in the theory of the integrity of decisions, aiming at maintaining precedents as an important instrument for preserving the coherence of the legal system. The theme focuses on work, combined with the integrity of decisions, orbits in the case of the presumption of innocence, which has undergone major changes in a short period of time, with decisions that are completely dissonant with each other. To examine the theme, the first chapter seeks to present basic and fundamental concepts about the presumption of innocence, in addition to its origin and its particular characteristics, the principles and rules that govern the judgment of cases on the theme will be analyzed. The second chapter, on the other hand, intends to deepen the reasons in law as an argumentative practice, going through legal consequentialism in counterpoint with the integrity of decisions, for which criticisms are made to precedents in Brazil. The third and last chapter brings a brief consideration about the judicial decisions that demonstrate the decision instability of the Supreme Federal Court, with criticisms of the consequentialist decisions in the face of the lack of binding precedents based on meta-legal arguments. Still, a critical point is made against constitutional change, a foundation that was also raised during the judgment of the theme. Finally, the new position of the Supreme Court is brought to the fore when the ADCs 43, 44 and 54 were judged, which once again consolidated their understanding in order to prevent the provisional execution of the sentence.

Keywords: *Presumption of innocence. Precedents. Integrity. Chain romance. Legal consequentialism.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 REVISITANDO CONCEITOS: O QUE É A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
1.1 Escorço histórico	14
1.2 Estado democrático de direito e a presunção de inocência	19
1.2.1 A presunção de inocência nos diplomas internacionais.....	19
1.2.2 A presunção da inocência no sistema jurídico nacional.....	21
1.2.2.1 Nota introdutória sobre regras e princípios	21
1.2.2.2 A presunção de inocência como princípio e regra constitucional.....	23
1.2.2.3 Regra processual penal	27
1.3 Oscilação jurisprudencial no caso da presunção de inocência	30
1.3.1 Habeas corpus 840.787.....	30
1.3.2 Habeas corpus 126.292.....	33
CAPÍTULO 2 DIREITO COMO PRÁTICA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA	37
2.1 Consequencialismo jurídico.....	37
2.2 Direito como integridade	43
2.2.1 O uso de precedentes	44
2.2.2 Escrevendo um romance em cadeia	48
2.3 A instabilidade no processo decisório no supremo tribunal federal.....	50
2.3.1 Modulação dos efeitos no tempo.....	51
2.3.1.1 A elaboração da pauta do supremo tribunal federal	52
2.3.1.2 Os pedidos de vista.....	57
2.3.1.3 A apreciação monocrática de liminares	58
2.3.2 Ausência de uniformização de entendimento como efeito da modulação do <i>timing</i> decisório	61
CAPÍTULO 3 (NÃO) PRECEDENTES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	63
3.1 Equívocos de uma decisão consequencialista e a não vinculação de precedentes baseados em argumentos metajurídicos	63
3.2 Crítica ao argumento de mutação constitucional	68
3.3 Julgamento das ADCs 43, 44 e 54 e o novo posicionamento da suprema corte	82

3.3.1	Sobre o que tratam as ADCs 43,44 e 54	82
3.3.2	Principais votos e argumentos no julgamento das ADCs 43, 44 E 54...	84
3.3.2.1	Voto da ministra Rosa Weber	84
3.3.2.2	Voto do ministro Luís Roberto Barroso.....	86
3.3.2.3	Voto do ministro Marco Aurélio (relator).....	88
3.3.3	Panorama geral do julgamento das ações diretas de constitucionalidade.....	89
4	CONCLUSÃO	91
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

Desde as revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, o Direito Constitucional assumiu formalmente o compromisso de promover a defesa dos direitos fundamentais. Desde então, vale a máxima segundo a qual o Estado que queira fazer-se minimamente democrático deve assegurar a defesa, a todo custo, dessa importantíssima categoria de direitos sob pena de desprestigiar o indivíduo e a própria dignidade que lhe é inerente.

Tanto é assim que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão proclamada na França no contexto das revoltas que colocaram termo às monarquias absolutistas de então expressamente proclamou, no seu décimo sexto artigo que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Trazendo isso para mais perto, a promulgação da Constituição da República Federativa aduz em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, sendo inequívoca, portanto, a importância dos direitos fundamentais para a manutenção da própria ordem e coerência constitucionais.

E justamente para a manutenção dessa ordem e coerência constitucionais há que se confiar aos Poderes Instituídos, especialmente ao Poder Judiciário – devido à própria disposição da CF/88 - a missão de defender a todo custo, o texto constitucional e, de maneira determinante, garantir o compromisso formalmente encampado pela sociedade no momento de confecção da Constituição, colocando-a a salvo das pressões que a própria sociedade impõe sob si própria. Dito de outra forma, a pretexto de salvaguardar a Constituição, o Poder Judiciário protege a sociedade dela própria.

Mas, até onde vão os limites e as possibilidades desse discurso? Há – antes de qualquer coisa – limites e possibilidades em discussão, ou de fato trata-se de um discurso inafastável, em cima do qual se constrói a ética do Direito Constitucional? E quando o próprio Direito Constitucional se volta para atacar as premissas nas quais se alicerça, está ele se reinventando ou aniquilando-se? E quando o Poder Judiciário, mormente à sua cúpula, a quem incumbe a última palavra em matéria de defesa de direitos fundamentais, profere decisões que colocam em xeque a efetividade das

garantias inseridas no texto constitucional? Trazendo a discussão para mais próximo da realidade brasileira, há que se reconhecer que algumas dessas perguntas reclamam respostas urgentes.

Fazendo um recorte metodológico necessário, o presente estudo busca analisar os limites e as possibilidades da atuação restritiva de direitos fundamentais pelo próprio Poder Judiciário no momento em que altera seu entendimento sobre determinado tema, aqui, mais, precisamente, sobre a possibilidade da execução provisória da pena.

Evidentemente, este não é um tema necessariamente novo, pois de longa data o Poder Judiciário brasileiro vem, através de ponderação, por exemplo, preferindo a aplicação de determinados direitos em detrimento de outros. Contudo, a discussão ganhou novo fôlego e novos contornos a partir da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP.

Na ocasião, o Tribunal entendeu que a possibilidade de início de execução de pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência talhado no artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Além de outros argumentos, tem-se ao longo dos julgados – e que serão mais bem trabalhados ao longo do trabalho - como fundamentos consequencialistas e de política usados como justificadores da alteração de entendimento da Corte e que passariam a autorizar a execução provisória da pena ante ao *excesso de recursos procrastinatórios, descrédito da população no judiciário*, entre outros.

Assim, o intuito do presente trabalho reside na análise da possibilidade alteração de entendimento ou *superação de precedente* quando se está diante da limitação de direitos fundamentais, no caso, o direito à liberdade, com argumentos consequencialistas e metajurídicos.

Essa realidade demonstra a instabilidade do sistema jurídico, sendo a situação, no mínimo, caótica, vez que Juízes e tribunais não conseguem verificar a integridade do sistema, pois decidem como bem quiserem e com qualquer fundamento que assim entenderem pertinente.

Para melhor organizar a trajetória da análise proposta, o presente trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro deles procura apresentar conceitos básicos e

fundamentais acerca da presunção de inocência, além de sua origem e de suas características particulares, serão analisados os princípios e regras que regem o julgamento dos casos sobre o tema. O principal objetivo do primeiro capítulo é, portanto, demonstrar a origem dessa garantia e sua importância no sistema jurídico nacional e internacional.

Já o segundo capítulo intenta aprofundar as razões no direito enquanto prática argumentativa, perpassando pelo consequencialismo jurídico em contraponto com a integridade das decisões, pelas quais são feitas críticas aos precedentes no Brasil. As obras que analisam essas críticas, portanto, podem contribuir para a discussão e demonstrar as vantagens de um sistema que preza pela integridade das suas decisões.

O terceiro e último capítulo traz uma breve consideração acerca das decisões judiciais que demonstram a instabilidade decisória do Supremo Tribunal Federal, com críticas às decisões consequencialistas diante da falta de vinculação de precedentes baseados em argumentos metajurídicos. Ainda, faz-se um apontamento crítico contra a mutação constitucional, fundamento esse também evocado durante o julgamento do tema. Por fim, é trazido à baila o novo posicionamento da Suprema Corte quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que sedimentou, novamente, seu entendimento no sentido de impossibilitar a execução provisória da pena.

CAPÍTULO 1 REVISITANDO CONCEITOS: O QUE É A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 Escorço histórico

A presunção de inocência surge do conflito entre o Estado e o indivíduo, isto é, entre o poder punitivo do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo, sendo aquela a opção pela proteção do indivíduo em detrimento do poder de persecução penal do Estado.¹

Quando se elege o indivíduo como foco principal de proteção na relação cidadão-Estado, a presunção de inocência deixa de ser uma mera disposição jurídica e passa a comunicar-se diretamente com os postulados políticos fundamentais que orientam a administração do poder e o Governo do Estado sob o viés de preceitos democráticos.²

Mas antes da presunção de inocência ser incorporada como princípio democrático, historicamente, o *jus puniendi*, durante o século XVII, era praticamente monopolizado pelo príncipe e pela Igreja, os quais detinham jurisdição sobre grande parte de condutas delituosas ao lado de uma diminuta competência dos tribunais senhoriais.³

O crime era tido como uma ofensa física contra o príncipe, de modo que este, ao punir, agia para reintegrar a sua soberania, isto é, o soberano não punia para restabelecer a ordem e nem para impedir um confronto com a vítima, ao contrário, tinha com o fito único de se vingar, impondo a ele um sofrimento físico pelo desrespeito a sua lei. Ao mesmo interim em que há centralização do direito de punir, há uma incrível personificação de tal poder, a ponto da pena ser reduzida a uma vingança do soberano, que é obrigado a reagir contra uma ofensa de ordem pessoal e física.⁴

Ainda, no século XVII, o *processo* guarda uma razoável dissonância com as disposições que regem o Processo Penal moderno. Antes, o processo penal consistia em um procedimento secreto do início ao fim, de maneira que o indivíduo não era

¹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar - história da presunção de Inocência no Brasil (1948-2000). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: 2001. P. 1-2

² CAMARGO, idem.

³ CAMARGO, op. Cit. p. 14

⁴ CAMARGO, idem.

informado acerca das acusações e todo o conjunto probatório era destinado a alcançar a confissão do acusado⁵. Então, quem poderia defender-se quando esta proteção era contra o forte escudo da tirania: o segredo? Que espécie de governo seria em que o soberano via em cada súdito um inimigo?⁶, continua Beccaria:

Quais são, pois, os motivos sobre os quais se apoiam os que justificam as acusações e as penas secretas? A tranquilidade pública? A segurança e a manutenção da forma de governo? É mister confessar que estranha constituição é aquela em que o governo, que tem por si a força e a opinião, ainda mais poderosa do que a força, parece, todavia, temer cada cidadão! Receia-se que o acusador não esteja em segurança? As leis são, então, insuficientes para defendê-lo, e os súditos são mais poderosos do que o soberano e as leis. Desejar-se-ia salvar o delator da infâmia a que se expõe? Seria, então, confessar que se autorizam as calúnias secretas, mas que se punem as calúnias públicas. Apoiar-se-ão na natureza do delito? Se o governo for bastante infeliz para considerar como crimes certos atos indiferentes ou mesmo úteis ao público, terá razão: as acusações e os julgamentos, nesse caso, jamais seriam bastante secretos.⁷

Logo, o acusado era submetido a procedimentos que lhe impedia de exercer qualquer tipo de defesa adequada tendo em vista que os atos eram privados, não sendo concedido ao réu conhecimento dos fatos e das acusações que sobre si recaíam.

Ainda, além de responder a um processo em que sequer lhe era concedido a publicidade dos atos, o indiciado era sujeitado à práticas de crueldade, consagrada pela tortura durante a instrução, sendo para induzi-lo à confissão; para sanar contradição; para descobrir os cúmplices; ou, ainda, por outros delitos de que poderia ser réu, mas dos quais não é acusado.⁸

Para além destes aspectos, imperioso ressaltar que para que uma punição fosse aplicada contra o réu, a comprovação da culpa era dispensável, ou seja, a partir do momento em que um indício fosse encontrado e reputado como aceito, o acusado já estava sujeito a uma pena.⁹ O fato de estar respondendo à uma investigação já ensejavam punições iniciais antes mesmo de reunidas as provas que concluíssem pela culpa.

⁵ CAMARGO, op. cit. p. 16

⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. Dos delitos e das penas; I tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 60

⁷ BECCARIA, op. cit. p. 62

⁸ BECCARIA, op. Cit. p. 60

⁹ CAMARGO, op. cit. p. 16

Neste modelo, o *jus puniendi* estava atrelado aos limites da soberania real, sendo extremamente deficiente, fundamentalmente por dois motivos: porque concedia excesso de poder ao soberano em detrimento ao súdito e, em segundo plano, havia o arbítrio dos magistrados, aos quais eram permitidos adicionar elementos subjetivos no momento da decisão, julgando conforme a interesses políticos e econômicos de particulares, aos quais estavam vinculados.¹⁰

Ferrajoli elucida que, nesse contexto, o princípio da presunção de inocência foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma *semiprova*, que comportava um juízo de *semiculpabilidade* e uma *semicondenação*.¹¹

Nesta toada, o acusado estava envolvido em suma situação de tal modo que poderia sofrer quaisquer tipos de penas, sequer existindo limites referentes a uma previsão que estabelecesse penas não cruéis. Logo, o que se verifica é que o acusado por um delito estava à margem de qualquer proteção legal, e recaía sobre ele, de forma arbitrária e subjetiva, toda e qualquer penalidade, isto mesmo antes de haver um julgamento final (o que atualmente se denomina de trânsito em julgado). A pena era então infligida mesmo que não comprovada a *culpa* do réu.

Este processo penal ganha novos contornos a partir do Iluminismo e também com as revoluções liberais, trazendo maior controle do *agir estatal* a partir de exigências legais que buscavam garantir ao cidadão maior proteção. Foi a partir de então que se procurou extinguir os excessos incentivados pelo sistema do século XVII.

Aduz Camargo¹² que a própria derrocada do absolutismo franqueou a inserção dos objetivos reformistas, já que estavam em curso a despatrimonialização e despersonalização do poder político, sendo que a partir da consolidação do Estado moderno, o poder do monarca dá espaço para um poder soberano que passa a dirigir suas ações para promover o desenvolvimento do território e dos particulares que ali habitam.

Assim, o interesse do Estado não mais se resume na vontade pessoal do monarca, mas busca fundamentar-se em critérios ou valores delineados na razão, mesmo que, inegavelmente, no período dessa transição da justiça punitiva, obedece

¹⁰ CAMARGO, op. cit. p. 17

¹¹ FERRAJOLI, Luigi Direito e razão: teoria do garantismo penal, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 441.

¹² CAMARGO, op. Cit. p. 17-18

mais aos interesses de ordem econômica da burguesia e política da minoria dirigente, do que a um suposto interesse comum.¹³

A partir do século XIX, o processo penal começa a fincar suas raízes nos princípios revolucionários da liberdade e do respeito pela pessoa humana, situando o indivíduo no centro do procedimento penal. Essa mudança é calcada no trânsito do direito penal do autor para o direito penal do fato, fazendo com que a repressão não tivesse já como referência uma pessoa, mas sim um fato ilícito, superando, desse modo, a infausta etapa das inquisições gerais.¹⁴

O movimento de reforma colheu seus frutos quando muitos Estados europeus proclamaram novos Códigos ou projetos, momento no qual a justiça punitiva apareceu mais enxuta e passou a prever mais direitos aos indivíduos, alinhando aquela desigualdade outrora existente entre Estado e cidadão, bem como, concedendo novas proporções em um espaço ampliado ao direito de liberdade individual.¹⁵

Com toda essa feição reformista, a constituição do Estado moderno passou a ter uma estrutura burocrática, impessoal e autônoma, separação entre a esfera pública e o setor privado, passando o súdito a ser considerado cidadão. Foram, lentamente e à custa de muito sangue derramado, firmados direitos individuais, como a liberdade física e política¹⁶ e a propriedade, considerados naturais e inalienáveis por causa dos constantes atos de desrespeito pelo superpoder monárquico e dos abundantes privilégios pessoais desfrutados pela nobreza, herdados da estrutura feudal.¹⁷

Sob essa perspectiva, com as modificações introduzidas por meio do Estado moderno, o *jus puniendi* passa a encontrar fundamento na razão, sendo que o *jus puniendi* se manifesta como um dos instrumentos que o Estado dispõe para realizar sua razão, concretizando os interesses nela depositados, sem todavia, deixar de reconhecer os direitos individuais, adotando também a tutela do *jus libertatis* do indivíduo como um dos seus deveres. Assim, o Estado passa a ser marcado por esses eixos: exercer o *jus puniendi* contra os indivíduos, mas garantindo também o *jus*

¹³ CAMARGO, Idem.

¹⁴ CATENA, Víctor Moreno. SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. In Revista CEJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 101-111, set./dez. 2015. p. 102

¹⁵ CAMARGO, op. cit. p. 18-19

¹⁶ CAMARGO, op. cit. p. 19

¹⁷ CAMARGO, op. cit. p. 20

libertatis dos mesmos¹⁸, sendo que “todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”¹⁹.

No novo modelo de julgamento penal, o tratamento do réu passa a ser baseado nas leis processuais e nos princípios de respeito pela pessoa do acusado, salvaguardando direitos fundamentais de conteúdo processual, como a *presunção de inocência*; o direito a ser informado acerca da acusação; o direito a não declarar ou o direito à defesa, entre outros.²⁰ Dessa maneira, evitam-se as inquisições e impede-se a má atuação do aparelho estatal, residindo aqui, um dos maiores avanços da cultura democrática, que se enfrenta à resposta penal e que passa pela salvaguarda dos direitos da pessoa que está submetida ao processo. O arguido tem, desde a sua constituição como parte do processo penal, direito a defesa.²¹

Da tensão entre punir e libertar, surge a *presunção de inocência*, resultado da opção política em proteger a liberdade do indivíduo, frente ao poder punitivo do Estado²², de modo que o mero indiciamento confere ao indivíduo uma série de direitos, tais como, o direito de contraditório e ampla defesa. Nota-se que a *presunção de inocência* altera a então existente *presunção de culpabilidade* quando era o próprio acusado quem tinha que comprovar sua inocência diante da submissão de práticas de torturas e penas corporais, revelando um avanço significativo em relação à proteção da pessoa humana.²³

Assim, pode-se afirmar que o eixo de qualquer reforma processual penal tem de alcançar um ponderado equilíbrio entre a necessidade de afiançar o direito do arguido à *presunção de inocência* e a um processo penal justo, com o direito de todas as partes a um processo penal rápido e sem dilações indevidas, e o dever estatal de perseguir eficazmente os delitos.²⁴ A *presunção de inocência* manifesta-se como medida de proteção e garantia do cidadão frente ao poder estatal, limitado às

¹⁸ CAMARGO, op. cit. p. 21

¹⁹ BECCARIA, op. cit. p. 28

²⁰ CATENA, op. cit. 102.

²¹ CATENA, op. Cit. 102-103

²² CAMARGO, op. cit. 22

²³ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]* – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDFT, 2015. p. 38

²⁴ CATENA, op. cit. p. 103

previsões legais, possibilitando uma ampla defesa e carecendo de um conjunto probatório suficiente a ser demonstrado por quem acusa.

1.2 Estado democrático de direito e a presunção de inocência

1.2.1 A presunção de inocência nos diplomas internacionais

A presunção de inocência, pela sua importância histórica, é homenageada em grande parte das constituições democráticas e de diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, sendo compartilhada pelo ordenamento jurídico internacional.²⁵

Consta na Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, em seu art. 9º que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei, de modo que tal princípio é considerado natural, inalienável e sagrado do homem.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, após duas sangrentas guerras mundiais, positivou a garantia da presunção de inocência, cuja redação de seu art. XI, 1 é: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.²⁶

Na Convenção Europeia, a previsão da presunção de inocência, surge como consequência de um processo de partes (“um processo equitativo”, nos termos do art. 6º), pelo qual “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art. 6º, 2).

Somados aos exemplos acima mencionados, tem-se também, não menos importante, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, § 2º), que dispõe “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

²⁵ PREIS, Marcéli da Silva Serafim. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: núcleo essencial convencional. In Revista do Ministério Público do RS Porto Alegre n. 83 maio 2017 – mar. 2018 p. 93-106.

²⁶ BARBAGALO, op. cit., p. 38

em seu art. 48, § 1º: Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.

Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, acomoda a garantia da presunção de inocência, em seu art. 14, 2: “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

O Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) também previu a garantia da presunção de inocência no art. 8º, 2, 1ª parte: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O Congresso Nacional brasileiro aprovou referido pacto pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto n. 678, de 6 de maio de 1992, determinou sua vigência no Brasil.²⁷

Ainda, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul de 1981, art. 7º, § 1º, “b”, dispõe que “1. toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente.

A Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos, a qual preceitua sobre o direito a Justiça: “V – Direito a Julgamento Justo, a) Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente.

Esta proteção que se deu no âmbito internacional teve reflexos nas constituições nacionais de diversos países, tal como na Constituição da República de Portugal de 1976, firmou no nº 2 do art. 32 a presunção de inocência, elevada à categoria de direito fundamental, sob a fórmula “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo razoável compatível com as garantias de defesa”.

No atual ordenamento constitucional espanhol, a presunção de inocência é igualmente expressa no art. 24, 2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles a um processo público sem demoras indevidas e com

²⁷ BARBAGALO, op.cit. p. 39

todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência.²⁸

Do disposto nos referidos diplomas acima colacionados, verifica-se que deriva da obrigação estatal não restringir a liberdade de alguém além dos limites previstos em lei, efetivando o direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que haja uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade.

Assim, inegável que a presunção de inocência se faz presente nas mais variadas constituições e diplomas internacionais²⁹, os quais buscam fixar limites à atuação estatal e conceder garantias ao jurisdicionado, principalmente no que atine à restrição de liberdade quando submetido ao processo penal.

1.2.2 A presunção da inocência no sistema jurídico nacional

1.2.2.1 Nota introdutória sobre regras e princípios

No ordenamento jurídico nacional, explica Virgílio Afonso da Silva³⁰ que princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los.³¹

Além disso, os princípios possuem consequências abstratamente determinadas as quais devem ser otimizadas e realizadas na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes.³² Quando se otimiza um princípio, é possível que ele colida com outro princípio no caso concreto, por exemplo, nos

²⁸ No caso da Espanha, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

²⁹ Impende destacar que não se trata de um estudo comparado, mas apenas se traz à baila algumas exemplificações de como o tema é tratado internacionalmente, respeitando-se, por óbvio, os contextos democráticos e sociais de cada estado, bem como, a questão processual interna em relação à cabimento de recursos e trânsito em julgado.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. P. 612

³¹ SILVA, op. cit. 617

³² SILVA, op. cit. p. 618

assuntos aqui abordado, a presunção de inocência pode vir a colidir com, por exemplo, *efetividade do sistema judiciário* ou *segurança pública* etc.

Ocorre que o princípio afastado não é declarado inválido e, por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. Passa a existir apenas uma impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele.³³

Já no caso de conflito entre regras, uma delas, necessariamente deverá ser declarada inválida, já que ambas não podem conviver no mesmo sistema³⁴. Por exemplo, ou a condenação penal fica adstrita ao trânsito em julgado da sentença ou não. Não existe a possibilidade da coexistência das duas alternativas no mesmo ordenamento.

Outro apontamento trazido por Silva é que as regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento³⁵ ou, em outras palavras, o princípio deve ser otimizado em sua totalidade, todavia ao entrar em conflito com outro princípio há uma *relativização* na sua aplicação.

Quando se sopesa em um caso concreto a aplicação dos princípios, a sua aplicação concreta passa a ser definitiva e deve ser realizado *no todo* e uma regra terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas.³⁶

Assim, segundo Silva, no caso concreto após sopesamento dos princípios colidentes, chega-se à conclusão de que, dadas as condições, um princípio deve se sobrepor sobre o outro e, desse procedimento de ponderação resulta uma regra aplicável ao caso concreto.

³³ SILVA, op. cit. p. 621-622

³⁴ SILVA, op. cit p. 621

³⁵ SILVA, op. cit p. 619

³⁶ SILVA, op. cit p. 622

No caso da presunção de inocência, ao verificar a colisão entre o art. 5º, inciso LVII da CF e outros princípios ali carreados, do resultado do esforço hermenêutico resultará uma regra a qual deverá sempre ser aplicada em toda e qualquer situação de igual correspondência.

1.2.2.2 A presunção de inocência como princípio e regra constitucional

Quis o poder constituinte elevar a presunção de inocência à categoria de garantia fundamental, consagrando a fórmula no art. 5º, inciso LVII na Constituição Federal de 1988, contudo, o preceito já havia sido recepcionado anteriormente no ordenamento jurídico nacional com a adesão à Declaração Universal dos Direitos do Homem, durante a vigência da Constituição de 1946 e em um contexto processual penal de recente formação, o Código de Processo Penal, de 1942.³⁷

O instituto da presunção de inocência e sua inserção no texto constitucional servem como balizas que compõem o Estado Democrático de Direito como suporte na preservação da liberdade³⁸, isto é, a presunção de inocência é um elemento fundamental de garantia ao cidadão, na medida em que opõe em relação ao Estado que detém o monopólio da sanção, o direito do acusado de se defender por todos os meios legais e legítimos que estão colocados à sua disposição pela ordem jurídica.³⁹

Cabe expor que a Constituição Federal exaure a presunção de inocência apenas quando ocorre o trânsito em julgado da condenação na esfera penal. Não havendo o trânsito em julgado, o Estado não poderá referir-se ao acusado como se o mesmo já estivesse na qualidade efetiva de culpado, sendo vedado ao Estados e aos seus agentes violar o tratamento de forma imparcial aos indiciados ou réus⁴⁰ ou antecipar a execução da pena, vez que, segundo aponta Beccaria, um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, só podendo ser retirada a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de

³⁷ CAMARGO, op. cit p. 1

³⁸ MUNIZ, Julio Cesar; TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. O Supremo Tribunal Federal, a presunção de inocência e o direito a uma resposta constitucionalmente adequada. In Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 18(34): 217-247, jan.-jun. 2018 • ISSN Eletrônico: 2238-1228. p. 224

³⁹ MUNIZ, op. cit. p. 221

⁴⁰ SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau. In Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 366 - 381 |Jan./Abr. 2018. p. 375

aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Sendo este dilema: ou o delito é certo ou incerto.⁴¹

O exame da gênese do instituto da presunção de inocência, sua inserção no texto da Constituição da República e as balizas que compõem o Estado Democrático de Direito dão sentido ao valor desse princípio como suporte na preservação da liberdade, na medida em que a prisão provisória deve se apresentar como excepcionalidade e não como sinal de abuso e arbitrariedade do Estado e no desejo de antecipação da pena antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória.⁴²

Ferrajoli explica a presunção de inocência como decorrência do próprio princípio da jurisdição, vez que essa é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, sendo que nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena sem provas suficientes. Logo, o princípio de submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo e que a acusação se sujeite à prova e à refutação, havendo presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.⁴³

Nessa senda, o raciocínio traçado é que se os cidadãos podem ser ameaçados pelos delitos, tal ameaça pode vir também, por intermédio das penas arbitrárias, de modo que a presunção de inocência passe a ser além de uma garantia de liberdade, uma garantia de segurança, isto é, uma defesa contra o arbítrio punitivo.⁴⁴

Presumir inocente ou *não considerar culpável* remetem ao mesmo princípio que emerge da exigência de um 'juízo prévio' para infligir uma pena a uma pessoa, assumindo como um ponto de partida, em um Estado de Direito, uma reação contra uma maneira de perseguir penalmente que, precisamente, partia do extremo contrário.⁴⁵

⁴¹ BECCARIA, op. cit p. 62

⁴² MUNIZ, cit p. 224

⁴³ FERRAJOLI, op. cit p. 441.

⁴⁴ LOPES JR., Aury Direito processual penal – 9º. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 236

⁴⁵ MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal - Tomo I - Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto SRL, 2002, p. 491/492. No original: "Presumir inocente", 'reputar inocente' o 'no considerar culpable' significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un 'juicio previo' para infligir una pena a una persona. [...] Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume – o debe asumir – la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la

A importância desse instituto foi homenageada na Constituição da República de 1988 e elaborada logo após o período da ditadura militar, a qual buscou assegurar os direitos individuais e sociais conforme um sistema democrático que defendesse os princípios relativos à dignidade humana em todos os âmbitos, mas principalmente, se preocupou com a garantia de proteção às específicas normas para que não fossem modificadas.⁴⁶

Com o intuito de se evitar o cometimento de novas perversidades como as ocorridas no período de 1964-1985 – período de intervenção militar em que os direitos civis e humanos foram praticamente extintos – o constituinte de 1988 criou as cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal, sendo elas a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Vale dizer que a cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro⁴⁷ e tal fato pode ser ilustrado pela metáfora de Ulisses.

Segundo lenda contada por Homero, durante a Odisseia – viagem de retorno para Ítaca – Ulisses sabia que passaria pelas mais diversas provações e, mais precisamente perto da Ilha de Capri, enfrentaria uma das mais temidas provas: ser seduzido pelo canto das sereias e acabar tendo seu navio naufragado e toda sua tripulação morta. Em decorrência disso, Ulisses pediu que lhe amarrassem ao mastro da embarcação e, antes disso, tapou o ouvido de todos os marinheiros, de modo que mesmo se Ulisses implorasse para que o soltassem, ninguém lhe ouviria. Assim, Ulisses ouviu o canto das sereias e conseguiu sobreviver.⁴⁸

reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde o extremo contrario”.

⁴⁶ SALGADO, Solyany Soares; SANTOS, Nathália Mirelle da Silva. Considerações acerca da decisão do supremo tribunal federal sobre a relativização da presunção de inocência. p. 3-4;

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p.130;

⁴⁸ HOMERO. Odisséia. Trad. Manoel Odorico Mendes (1799-1864): “Pois bem; atende agora, e um deus na mente / Meu conselho te imprima. Hás de as sereias / Primeiro deparar, cuja harmonia / Adormenta e fascina os que as escutam: / Quem se apropinqua estulto, esposa e filhos / Não regozijará nos doces lares; / Que a vocal melodia o atrai às veigas, / Onde em cúmulo assentam-se de humanos / Ossos e podres carnes. Surde avante; / As orelhas aos teus com cera tapes, / Eusurdeçam de todo. Ouvi-las podes / Contanto que do mastro ao longo estejas / De pés e mãos atado; e se, absorvido / No prazer, ordenares que te soltem, / Liguem-te com mais força os companheiros. (...) Evitar nos ordena

A despeito dessa narrativa, Waluchow faz uma alusão entre o mastro ao qual Ulisses foi preso e à Carta Constitucional. Segundo o autor, precisamos ser amarrados ao mastro de direitos entrincheirados constitucionalmente, mais precisamente no momento de grande comoção social. O canto das sereias, então, seria “o interesse próprio, preconceito, medo, ódio ou simples cegueira moral, e ser conduzido, no curso da política cotidiana, para violar os direitos de alguns dos nossos concidadãos”⁴⁹.

Quando se traz o “mastro dos direitos” para o cenário brasileiro no que diz respeito ao direito e à liberdade, dentre as garantias constitucionais elencadas como direito fundamental - que servem de limitação à sociedade e ao estado - tem-se o chamado princípio da presunção de inocência, que está contemplado no art. 5º, LVII da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De acordo com esse corolário, enquanto não esgotada a via recursal, o acusado não é possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado:

Trata-se aqui do princípio da presunção da inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito. Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete a formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório. Para haver condenação é necessário que o juízo esteja realmente convencido da culpabilidade do autor, caso contrário, se infirma a presunção da inocência, corolário do *in dubio pro reo*. O nome do acusado somente pode ser lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vale dizer, quando da sentença não cabe mais nenhum recurso⁵⁰.

Portanto, o princípio da não culpabilidade tem toda uma construção ideológica e hermenêutica, uma vez se tratar de norma constitucional e essa, como sabido, se expressa na ideia de que todos os atos do poder público estejam em conformidade com elas, uma vez que se houver qualquer contrariedade será inconstitucional, isto é,

o flóreo prado / E a voz divina; a mim concede ouvi-las, / Mas ao longo do mastro em rijas cordas. E se pedir me desateis, vós outros / De pés e mãos ligai-me com mais força.”

⁴⁹ WALUCHOW, Wil. *Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends*. Canadian Journal of Law and Jurisprudence. CITED: (2005) 18 Can. J.L. & Juris. p. 203

⁵⁰ MASCARENHAS, Paulo. Manual de Direito Constitucional. 2010. p. 79;

será eivada de conteúdo negativo o que corresponde a uma recusa de validade jurídica.⁵¹

Aqui, infere-se que a hermenêutica estabelece princípios para se interpretar as normas constitucionais, dentre eles encontra-se o princípio da Imperatividade da Norma Constitucional, sendo esta de ordem pública e de caráter imperativo, emanada da vontade popular e que o intérprete deve lhe conferir o máximo de efetividade no momento de sua aplicação.⁵²

Firma-se também o entendimento de que a presunção de inocência além de um princípio *prima facie*, passa a ser regra constitucional a partir do seu sopesamento com outros princípios *prima facie*, sendo que do resultado interpretativo passa a existir a obrigatoriedade da sua aplicação em casos similares.

1.2.2.3 Regra processual penal

No processo penal, a presunção de inocência, segundo Barbagalo, apresenta um duplo papel, qual seja, como regra de juízo no que diz respeito ao fato de que toda a condenação criminal tenha como fundamento prova incriminatória legítima onde as dúvidas sejam dirimidas em favor do imputado (*in dubio pro reo*) e como regra de tratamento a excepcionar as medidas que violem a condição de inocente (*favor libertatis*)⁵³.

Elucida o autor que esse duplo papel determina a necessidade da comprovação dos fatos pelo órgão acusador, não cabendo ao imputado comprovar sua inocência, o qual deve ser tratado como inocente e, por consequência, não ter contra si adotada qualquer medida excepcional ou vexatória.

No mesmo sentido, elucida Badaró⁵⁴ que, quanto ao conteúdo da presunção de inocência, é possível distinguir três significados de tal princípio: garantia política; regra de tratamento do acusado; regra probatória.

Para ele, o *estado de inocência como garantia política* do cidadão advém do fato de que o processo, e em particular o processo penal, é um fundamento

⁵¹ MENDES, op. cit p. 76;

⁵² MASCARENHAS, op. cit p. 26;

⁵³ BARBAGALO., op. cit p. 88

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

sistemático e componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana e liga-se, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

Afirma ainda, que a presunção de inocência assegura um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. Já a presunção de inocência como regra de tratamento do acusado a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Por fim, não menos importante, aponta Badaró que a presunção de inocência funciona *como regra de tratamento do acusado ao longo do processo*, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado, sendo vedadas prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como, impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena.⁵⁵

Inclusive em questões processuais, mais precisamente no que tange às condições da ação, a *justa causa*⁵⁶ tem como fundamento evitar que denúncias ou queixas infundadas sem uma viabilidade aparente possam prosperar diante das possíveis consequências que incidirão sobre um acusado e, é nessa perspectiva, que a presunção de inocência enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é réu em um processo sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si, e de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado.⁵⁷

Antes da definição da culpa, qualquer prisão só pode se dar a título cautelar, processual, instrumental, como a medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pela qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pela garantia da presunção de inocência, assim como pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade. A prisão preventiva em situação que não a justifique equivale à indevida antecipação de pena. Vigora quanto a ela o princípio da excepcionalidade na sua plenitude: a prisão preventiva só deverá

⁵⁵ BADARÓ, op. cit p.7-58

⁵⁶ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 163Ajusta causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva.

⁵⁷ BADARÓ,op. cit. p. 163

ser aplicada quando se revele absolutamente necessária, pois a regra, no direito processual penal, é a liberdade do acusado.⁵⁸

Resume-se então, a presunção de inocência como regra processual penal referindo-se nos seguintes pontos: i) o acusado deve ser tratado como se não tivesse cometido qualquer infração até que o Estado apresente provas suficientes para que um tribunal independente e imparcial o declare culpado; ii) a presunção de inocência requer que os membros do tribunal não tenham uma ideia preconcebida de que o acusado tenha cometido a infração; iii) não se deve produzir qualquer pronunciamento judicial sobre a culpabilidade do acusado antes de este ter sido declarado culpado por um tribunal; iv) o acusado não poderá ser detido em regime de prisão preventiva salvo por motivos excepcionais; v) a carga da prova da culpabilidade recai sobre o Estado; vi) geralmente, não será exigido ao acusado que apresente provas autoincriminatórias e vii) os seus bens só poderão ser embargados mediante processo adequado.⁵⁹

Concretamente, a presunção de inocência tem redação no artigo 283 do Código de Processo Penal, quando assegura que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

Há portanto, conforme previsão legal, três espécies de prisão: a) prisão em flagrante delito, nos casos em que a lei considera haver estado flagrantial; b) a prisão pena, que pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (exigência esta, ademais, contida na própria Constituição); e c) a prisão cautelar, seja ela temporária ou preventiva, que pode ser decretada na presença de seus requisitos legais.⁶⁰

Nesse ponto, insta salientar que houve o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, as quais buscaram a declaração de constitucionalidade do art. 283 Código de Processo Penal cuja redação posterior à Constituição Federal buscou exprimir a

⁵⁸ PREIS, Marcéli da Silva Serafim. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: núcleo essencial convencional. In Revista do Ministério Público do RS Porto Alegre n. 83 maio 2017 – mar. 2018 p. 93-106.

⁵⁹ CATENA, op. cit p. 103-104

⁶⁰ Faz se aqui um adendo em relação às prisões cautelares que, não obstante se tratar de privação de liberdade, não se trata de adiantamento da pena e sim prisão processual, de modo que a presunção de inocência não impede a prisão cautelar nem medidas tendentes a garantir o resultado do processo, desde que calcadas em *ordem escrita fundamentada de órgão jurisdicional competente* e baseados em critérios de *proporcionalidade e de uma justificada necessidade cautelar* ou mesmo *conveniência* processual

proteção ao cidadão, condicionando a possibilidade da prisão penal ao trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que o tema será devidamente abordado no capítulo três do presente estudo.

Desta feita, sustenta-se, reiteradamente quase como um lugar comum, que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo o processo penal servindo de base e de condição a todo procedimento criminal, bem como limite ao *jus puniendi* e como critério condicionador das interpretações das normas vigentes. Há, portanto, o dever de se respeitar a *regras* estabelecidas de forma democrática, não se podendo admitir que convicções subjetivas possam ter um valor mais elevado do que as próprias leis.⁶¹

1.3 Oscilação jurisprudencial no caso da presunção de inocência

1.3.1 Habeas corpus 840.787

A primeira decisão que merece análise diz respeito ao *habeas corpus* 84.078-7 de Minas Gerais, cuja relatoria foi do então Min. Eros grau, tendo seu julgamento em fevereiro de 2009, seguindo com a seguinte ementa

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

⁶¹ MUNIZ, op. cit p. 227

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 a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida."

O caso em questão diz respeito a um paciente que foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, posteriormente corrigido para o inicialmente fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

Merece atenção alguns excertos do acórdão, vez que foi a partir desse *decisum* que se solidificou o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade da execução provisória da pena.

Em seu voto, afirmou o Ministro Relator Eros Grau que seria vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão haveria de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade enquanto não sobreviesse título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

Aduziu ainda que, aliás a nada se prestaria a Constituição se aquela Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado e, ser culpado equivaleria a suportar execução imediata de pena anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para Eros Grau, a ampla defesa não se poderia ser visualizada de modo restrito, pois engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Para ele, 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.

Nesse julgado, para o Ministro Relator houve então a busca pela proteção ao indivíduo, homenageando a personalização do direito com o advento da Constituição Federal, vez que ao afirmar que nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito e não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais.

Inclusive, o Min. Gilmar Mendes trouxe em sua exposição que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana, destacando que o princípio da dignidade humana não permite que o indivíduo se convole em objeto da ação estatal.

Ficou assentado no referido julgamento que por necessário, que o *status poenalis* e o estatuto de cidadania não podem sofrer - antes que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação judicial - restrições que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém - absolutamente ninguém - pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado.

1.3.2 Habeas corpus 126.292

A teor do que até aqui exposto, isto é, do posicionamento da Magna Carta em relação a criação de cláusulas pétreas as quais comportam o princípio da presunção de inocência, é que orbita um tema amplamente discutido: a possibilidade do cumprimento provisório da pena, entendimento esse solidificado no *habeas corpus* 840.787.

O tema, novamente, ganhou notoriedade no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, no qual, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu possível o cumprimento de pena antes do esgotamento de todas as vias recursais, isto é, determinou-se que as sentenças penais condenatórias poderiam ser executadas antes do trânsito em julgado, alterando o entendimento da Corte firmado no ano de 2009, tendo a seguinte ementa:

“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”

O julgado sob análise é um habeas corpus impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar.

Segundo o entendimento do então Relator Min. Teori Zavascki, a presunção de inocência não inibiria a execução provisória da pena imposta, tendo em vista que, dentre outros argumentos, a discussão de fatos e provas que asseguram uma possível

condenação se esgota em segunda instância, além do que os possíveis recursos pendentes nos tribunais superiores não possuem efeito suspensivo.

É importante retomar a ideia de que até o julgamento do caso do *HC 126.292*, o entendimento era de que a função social do princípio da não culpabilidade correspondia à proteção do direito fundamental à liberdade até que se esgotassem todos os recursos possíveis que pudessem modificar a sentença condenatória. Dessa forma, a execução provisória da pena era proibida, pois estaria se opondo à maior efetividade do direito à liberdade. Mas tal interpretação foi modificada, como foi determinado pelo Plenário do STF, que passou a relativizar a presunção de inocência.⁶²

Ao mudar a interpretação da norma constitucional, o Ministro Relator valeu-se do método científico-espiritual⁶³ de interpretação, de modo que o método em questão entende a Constituição não somente como norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, mas também como instrumento de regulação de conflitos, atendendo à perspectiva política e sociológica para construção e a preservação da unidade social⁶⁴, afirmando ainda que a constituição é, por sua própria natureza e finalidade, o principal fator de coesão política e social, do que resulta que a sua interpretação jamais pode conduzir a soluções desagregadoras.⁶⁵

Outro fundamento trazido no acórdão para dar suporte à possibilidade da execução provisória da pena foi a ocorrência da *mutação constitucional*, a qual fora evocada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. O Ministro, em um primeiro momento, utiliza em seu voto um excerto de sua obra como argumento de autoridade, no qual traz consigo que a mutação seria o instrumento para impulsionar a mudança da sociedade com a ideia de que o “bem, do justo e do ético” que variam com o tempo e isso precisaria ser ajustado, provavelmente pela atuação do judiciário.

⁶² SALGADO, ..p. cit p. 7;

⁶³ Cf. Inocêncio Mártires Coelho: o que dá sustentação material ao método científico-espiritual de interpretação constitucional é, precisamente, a ideia de Constituição como instrumento de *integração social*, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também e, sobretudo, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação (=absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e preservação da unidade político-social. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>>

⁶⁴ SALGADO, op. cit. p.7-8;

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. Direito Público. Porto Alegre: 2004, v. 5, p. 26-27;

Para Barroso, a possibilidade da execução da pena somente após o trânsito em julgado trouxe três consequências negativas e que acabaram por legitimar a mutação constitucional: (i) incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; (ii) reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos; (iii) descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Ainda, afirmou o Ministro que esses três fatores tornam evidente que não mais se justifica uma leitura extremada do princípio da presunção de inocência, sendo necessária uma interpretação o art. 5º, LVII, CF, mais condizente com a ordem constitucional e que, segundo ele

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. 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. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.⁶⁶

Ora, não há dúvidas de que o sentimento de impunidade impera atualmente, principalmente diante da dissipação de notícias veiculadas por telejornais e internet a respeito de crimes brutais praticados por menores de idade, crimes sexuais e os crimes de colarinho branco, como a lava-jato, por exemplo. Ao transmitir esse tipo de conteúdo, a mídia se vale de termos ambíguos e tendenciosos como “apesar disso, responde em liberdade”, “foi posto em liberdade”, “não pode ser preso por ser menor de idade”, causando revolta popular e total descredibilidade do sistema jurídico brasileiro.

Por óbvio, com a facilidade de manifestação de pensamento que modernidade proporciona, a sociedade passou a se expressar com maior ênfase sua insatisfação com *jus puniendi* estatal, pedindo por muitas vezes, maior rigor na punição, como aumento de pena, prisão perpétua ou até mesmo pena de morte.

Sob essa perspectiva, não há como negar que o Poder Judiciário é pressionado pela população que clama por uma reprimenda mais forte, todavia,

⁶⁶ Inteiro teor do acórdão – HC 126.292. p. 35

apesar de tais fatos incontroversos, o problema reside na maneira em que se busca responder aos anseios sociais, uma vez que, se não buscar alinhar o discurso que ecoa nas ruas aos direitos instituídos constitucionalmente, estar-se-á retrocedendo⁶⁷, inclusive, quando se fala em proteção às garantias fundamentais, Hirschl elucida:

A maior prova do triunfo da democracia em nossos tempos, argumenta-se, decorre da crescente aceitação e aplicação da ideia de que a democracia não é equivalente ao governo da maioria; que em uma democracia real (ou seja, uma democracia que subscreve o princípio da supremacia constitucional em vez de democracia governada predominantemente pelo princípio da soberania parlamentar, as minorias devem possuir proteções legais na forma de uma imutabilidade mesmo por um parlamento eleito. De acordo com essa visão, a presença de uma carta de direitos efetivamente aplicada, escrita e entrincheirada é a prova coroada do desenvolvimento constitucional de uma dada comunidade.⁶⁸

Assim, importante pontificar que a manifestação da opinião pública – insatisfação dos cidadãos, ora poder constituinte originário, que possivelmente legitimaria uma alteração constitucional - acaba sendo influenciado pela atuação da mídia, uma vez que “os meios de comunicação de massa baseia-se na exploração da insegurança, gerando e manipulando o medo que assola os cidadãos, os quais sentem que seus bens mais caros estão ameaçados”⁶⁹.

A despeito do tema, Luciano Anderson de Souza aduz que a sensação de medo se torna mais forte com a implementação de mecanismos de manipulação social que passam a impressão de que os meios de controle social são falhos, sobretudo aqueles mais brandos.⁷⁰

⁶⁷SANTOS, Lucas Nascimento. Justiça restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa. 2013. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2013. p 48;

⁶⁸ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. p. 75-76: “The greatest proof of democracy’s triumph in our times, it is argued, stems from the increasing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not equivalent to majority rule; that in a real democracy (namely a democracy that subscribes to the constitutional supremacy principle rather than a democracy governed predominantly by the principle of parliamentary sovereignty), minorities should possess legal protections in the form of a written constitution unchangeable even by an elected parliament. According to this view, the presence of an effectively enforced, written, and entrenched bill of rights is the crowning proof of a given polity’s constitutional development.”

⁶⁹ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? Tradução de Jamil Chade. In: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 283.

⁷⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56-57;

Assim, a inquietação ora apresentada está relacionada ao pitoresco espetáculo que, em muitas oportunidades, é montado para a transmitir informações sobre um delito, de modo que como a notícia é passada ao ouvinte acaba amplificando a sensação de insegurança e sensação de impunidade.⁷¹

É sob o pretexto de conter a criminalidade que o Estado tenta transmitir uma falsa segurança aos cidadãos através de medidas que contrariam princípios legitimados pela ideia democrática⁷², de modo que a repulsa ao princípio da presunção de inocência mergulha suas raízes em uma visão antagônica aos padrões do regime democrático, impondo indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional⁷³, de modo que tais argumentos devem e podem ser utilizados na seara política, mas não servem de fundamentos para alterar o entendimento da corte, pois decisões consequencialistas não firmam precedentes.

CAPÍTULO 2 DIREITO COMO PRÁTICA ARGUMENTATIVA E INTERPRETATIVA

2.1 Consequencialismo jurídico

O consequencialismo jurídico pode ser compreendido como uma maneira de argumentar levando em conta uma situação futura, isto porque o tipo de juízo em evidência depende de uma probabilidade sobre os efeitos futuros que as decisões judiciais podem provocar. Neste modelo, o argumento consequencialista se refere à valorização de várias consequências possíveis de uma dada decisão.⁷⁴

No bojo desse trabalho, a expressão consequencialismo jurídico será utilizada em sentido amplo, conforme aduz Schuartz, como *qualquer programa teórico ou atitude que se proponha a condicionar explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências*

⁷¹ SANTOS, op. cit p.46;

⁷² Cf. voto do MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> ;

⁷³ Voto do MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

⁷⁴ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; RIZZARDI, Máira Martinelli. O Supremo Tribunal Federal e a argumentação consequencialista. In Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XV– Nº 24, p. 101-122 – Maio 2015. P. 103

*associadas à mesma e às suas alternativas*⁷⁵, entendendo que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, trazendo formas diferentes de argumentação.⁷⁶

Ao fundamentar uma certa decisão a partir da análise das consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, o julgador abre um leque para requerimentos cujo atendimento estará sujeito a critérios extrajurídicos de adequação, uma vez que qualquer juízo consequencialista deverá apresentar uma dimensão descritiva, especificando para cada alternativa de decisão disponível a sua respectiva consequência.⁷⁷

Argumentos consequencialistas são próprios de áreas finalísticas, as quais se preocupam, em tese, com o implemento de objetivos, tais como observados em programas econômicos e políticos e caracterizam-se pelo fato de levar em consideração a projeção das possíveis consequências decorrentes da decisão, baseando-se, para tanto, em juízos probabilísticos ou em dados empírico e científicos, por exemplo a eficiência econômica, promoção social e função de utilidade.⁷⁸

Todavia, no caso do direito – o qual não se encaixa como ciência finalística – a relação entre tomada de decisão e avaliação das consequências é tormentosa, pois, segundo Barros, existe dificuldade de o juiz formular previsões acerca dos efeitos que repercutirão da sua decisão, tendo em vista que a seara jurídica lida na maioria dos casos, com problemas já ocorridos orbitando a dificuldade da operação na argumentação consequencialista em juízo que se baseia em prognósticos,⁷⁹ sendo o espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política.⁸⁰

⁷⁵SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. P. 130-131

⁷⁶SCHUARTZ, Idem.

⁷⁷SCHUARTZ, idem.

⁷⁸BARROS, op. cit p.102

⁷⁹BARROS, Idem.

⁸⁰SCHUARTZ, op. cit p.131

O consequencialismo, então, exige que o julgador especifique a consequência determinante associada à decisão e justifique porque as demais alternativas, que também se relacionam com a decisão não foram consideradas e, ainda, valorar a consequência determinante para a tomada de decisão⁸¹, ou seja, envolve a defesa de uma análise dos resultados de uma ação a depender também dos resultados que produz.⁸²

Em relação aos efeitos, Schuartz esclarece que as decisões judiciais têm consequências extrajurídicas e intrajurídicas, as quais estão relacionadas com termos de restrições ou extensões do espaço juridicamente aceitável para decisões futuras. Para o autor, as consequências intrajurídicas se ligam ao conteúdo semântico das decisões e dos argumentos afirmados como seus fundamentos, de modo que o juiz deve confrontar-se com uma gama de situações cujas consequências agregadas ele não poderá simplesmente ignorar.⁸³ Aqui, o critério de distinção é o tipo de consequência alegada no argumento. Se a consequência alegada é no direito em alguma norma, há o argumento consequencialista intrajurídico. Por sua vez, se a consequência prevista no argumento é alheia ao direito, de natureza econômica, sociológica ou de qualquer outra ordem, ter-se-á um argumento consequencialista extrajurídico ou externo.⁸⁴

O consequencialismo valoriza a visão prática das ações e que dá peso crucial às melhores consequências e ao uso da razoabilidade e racionalidade, podendo recorrer à intuição para captar as “necessidades da época” e a opinião pública, elevando tais fatores como guia para a decisão judicial.⁸⁵

Segundo Christopoulos, as discussões sobre o uso de argumentos consequencialistas no direito giram em torno de algumas questões, tais como: (i) argumentos fundados em consequências - poderia o juiz suprir as lacunas do ordenamento ou mesmo desprezar o texto legislativo de forma a considerar os efeitos futuros de sua decisão?; (ii) O uso de consequências no direito pressupõe um modelo

⁸¹ BARROS, op. cit p. 104

⁸² CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. In Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. P. 5

⁸³ SCHUARTZ, op. cit p.141-142

⁸⁴ CHRISTOPOULOS, op. cit p. 21

⁸⁵ FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antitéorico” de Richard Allen Posner. In Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. Curso de Direito - N. 17, JUL/DEZ 2014.p. 2

no qual o juiz também é considerado criador da norma jurídica, assumindo o texto legal um papel diverso do tradicional? Para ele, as teorias que defendem o uso de argumentos consequencialistas no direito vão discordar justamente no que diz respeito aos limites entre a norma e as consequências.⁸⁶

Basta pensar na necessidade do direito de prever o futuro em questões econômicas ou políticas, há um significativo aumento de complexidade com a qual o direito deve lidar argumentativamente⁸⁷, sendo que decisões judiciais pautadas em prognósticos são, tipicamente, sedimentadas sob a incerteza subjetiva e para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica.⁸⁸

Quando parte-se para uma análise crítica da utilização de argumentos consequencialistas, um dos motivos que pode ser evocado para obstar tal prática é o déficit informacional envolvido na tomada de decisão, podendo ser associada com a fraca capacidade dos tribunais de coleta de informações, de indícios e de provas ou da complexidade do problema desafiado que escapa do conhecimento do juiz.⁸⁹ Nesses casos prevalece um grande risco de confusão do argumento consequencialista com situações extrajurídicas, pois tais situações não se relacionam diretamente com a argumentação ou com o problema ora posto em litígio.⁹⁰

Outro fator preponderante diz respeito ao pragmatismo⁹¹ de Posner, o qual defende que um juiz pode considerar que as convenções jurídicas não são capazes de dar uma solução plausível para o caso concreto que seja condizente com os interesses da comunidade. Essa desconsideração das pretensões juridicamente tuteladas enseja uma atuação mais proativa do juiz, que acaba decidindo com base naquilo que ele acha mais adequado.⁹² Para Posner, não há necessidade de se preocupar com os direitos tutelados em regras ou precedentes no momento da decisão judicial, ao contrário disso, o autor entende que os juízes devem agir da melhor maneira possível para alcançar as consequências desejadas, mesmo que

⁸⁶ CHRISTOPOULOS, op. cit p.7

⁸⁷ BARROS...op. cit p. 104

⁸⁸ SCHUARTZ, cit p. 135

⁸⁹ BARROS, op. cit p.106

⁹⁰ BARROS, op. cit p.107

⁹¹ Sobre pragmatismo ver ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Processo Civil Pragmático. 2012. 278 f. Tese (Direito das Relações Sociais) Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2013.

⁹² VERBICARO, Loiane Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. In Redes: R. Eletr. Dir. Soc., Canoas, v.5, n. 1, p. 103-132, maio, 2017. P. 104

tome uma decisão carregada de *subjetivismo*.⁹³ Tal fato, segundo Felipe, “tem relação intrínseca com uma visão prática das ações, direta em suas propostas no intuito de alcançar certo fim e que desdenha das teorias e das pretensões intelectuais “abstratas””.⁹⁴

Em contraposição à ideia de Posner, Dworkin entende ser desconcertante supor que o juiz não esteja adstrito às questões de justiça nos casos concretos, considerando como “justo” o que alcançou o melhor equilíbrio na análise custo versus benefício. Para Dworkin, analisar somente as melhores consequências é inútil e incompreensível⁹⁵, de modo que se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões aumentará a insegurança jurídica.⁹⁶

Nessa perspectiva, Verbicaro esclarece que a crítica de Dworkin orbita no fato de que os pragmatistas não acreditam na existência de verdades morais objetivas, sendo que ao permitir que os julgadores atuem segundo suas próprias concepções, fica insustentável e inseguro manter a argumentação teórica de uma determinada decisão judicial⁹⁷, pois não haveria preocupação em fundamentar a decisão em alguma teoria de peso, apenas visando os benefícios práticos daquela decisão.⁹⁸

Complementa Barboza:

Argumentos consequencialistas não podem fornecer uma justificativa completa sobre a obrigatoriedade de se seguir precedentes. Uma justificativa consequencialista completa só seria possível se alguém conseguisse comparar todas as previsíveis consequências de se decidir seguindo um precedente a todas as previsíveis consequências de se decidir de outro modo e depois demonstrar que a decisão que seguiu o precedente é superior a qualquer outro procedimento alternativo para solução do problema. O comprometimento dos tribunais aos precedentes pode nos garantir um certo grau de certeza e previsibilidade, ou seja, quando se planeja ou se faz algo as pessoas querem ser capazes de prever as consequências de suas ações, e, portanto, podem achar bastante útil saber que o problema X surge como consequência do que fizeram e então o Tribunal, comprometido com o modo que enfrentou este problema no passado, vai decidir. Ou seja, a ideia de

⁹³ VERBICARO, op. cit p. 105

⁹⁴ FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antitétrico” de Richard Allen Posner. In Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. Curso de Direito - N. 17, JUL/DEZ 2014.p. 4

⁹⁵ FELIPE, op. cit p.7

⁹⁶ FELIPE, op. cit. p. 10

⁹⁷ VERBICARO, op. cit p. 116

⁹⁸ VERBICARO, op. cit p. 117

previsibilidade em relação às decisões judiciais, de que a sociedade consiga prever como os tribunais vão solucionar os conflitos.⁹⁹

No caso da presunção de inocência, quando utilizam-se de argumentos que buscam prever o futuro aumentam da desconfiança perante os jurisdicionados, principalmente em razão do comprometimento da imparcialidade, abarcando até mesmo o questionamento da produção de segurança jurídica no país,¹⁰⁰ empregando uma argumentação inconsistente e sem metodologias claras, podendo o consequencialismo se transformar numa aplicação contingente de normas, conforme o capricho da autoridade.¹⁰¹

Como já dito, é absolutamente normal preocupar-se com a segurança pública ou buscar combater a crescente criminalidade, mas tais argumentos não podem ganhar peso hermenêutico na Suprema Corte, vez que orbitam a seara política, não cabendo ao Poder Judiciário condicionar suas decisões em supostas visões futuras.

É importante firmar que as decisões que atravessam a seara jurídica e atinge questões políticas devem se dar no campo da política do legislador. A busca pelo interesse coletivo é uma questão de política e não de princípio, conforme afirma Barboza.¹⁰²

Nesse cenário, a atuação jurisdicional acaba, por vezes, mais intensa e passa a assumir a responsabilidade originariamente do Poder Executivo e Legislativo, redesenhando a própria separação de poderes.¹⁰³ A atuação do judiciário imiscuindo-se em questões de ordem da administração pública, acarreta preocupações em todos os setores, principalmente no que diz respeito às possíveis consequências decorrentes da falta de conhecimento técnico, orçamentário, dentre outros déficits no momento de decidir.

O consequencialismo ultrapassa a análise estrita de questões jurídicas no *decisium*, voltando-se para a possibilidade de argumentos consequencialistas de

⁹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. In Teoria Jurídica Contemporânea 1:2-1, julho-dezembro, 2016. P. 164-165

¹⁰⁰ BARROS, op. cit p. 108

¹⁰¹ BARROS, Idem.

¹⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Org. André Coelho; Saulo de Matos; Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. P. 186

¹⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. In REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO. 8(1) | P. 059-086 | JAN-JUN 2012. p. 60;

outra natureza, como a econômica ou social,¹⁰⁴ na medida em que procura antecipar as consequências de sua decisão, sopesando resultados com base em critérios de eficiência e utilidade. Ademais, a utilização do consequencialismo retira a uniformização de entendimento jurisprudencial – uma vez que cada indivíduo decide conforme o que se consegue prever das consequências futuras – e é onde se cai na chamada *ministrocracia*¹⁰⁵, fenômeno usado para definir o solipsismo do julgador.

O problema maior do consequencialismo, conforme assevera Schuartz¹⁰⁶ está relacionado com a possibilidade de releitura de um universo significativo de opiniões com expressões de posições diferenciadas. O autor afirma, ainda, que, ao fundamentar uma certa decisão a partir da análise das consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, aquele que decide dá azo para requerimentos cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos/metafísicos) de adequação e aí o espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política, o que transmuta para a competência democrática, não mais pertencente ao judiciário.¹⁰⁷

2.2 Direito como integridade

Diversamente do consequencialismo, o direito como integridade pretende determinar um modelo ideal a ser seguido, colocando a sua teoria em um patamar de “descritivo-normativa”, podendo ser as exigências divididas em duas partes: a integridade legislativa, que atribui aos legisladores a responsabilidade de criar leis mantendo um todo coerente com os princípios, com a moral da comunidade e a integridade judicial e aquela que atribui aos juízes o dever de decidir tentando manter uma coerência principiológica dentro do sistema.¹⁰⁸

A concepção de direito como integridade se apresenta com uma dupla face, pois, ao mesmo tempo é o produto de uma interpretação abrangente que se faça sobre a prática jurídica e à sua fonte de inspiração. O julgador que se baseia apenas ao convencionalismo ou ao pragmatismo perde a dimensão da totalidade do sistema

¹⁰⁴ CHRISTOPOULOS, op. cit. p. 9

¹⁰⁵ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia* – O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, V. 37, n. 01, p. 13-32, Jan.–Abr. 2018.

¹⁰⁶ SCHUARTZ, op. cit p. 131

¹⁰⁷ SCHUARTZ, op. cit p. 131/132

¹⁰⁸ VERBICARO, op. cit p.124

jurídico, pois se o foco da decisão passa a ser somente no passado ou somente no futuro, sem levar em consideração a dimensão total de passado, presente e futuro.¹⁰⁹

Nessa perspectiva, o juiz dworkiniano que tem o ideal de direito como integridade, no processo interpretativo expande seu raciocínio procurando resquícios jurídicos do passado e ao mesmo tempo tentando adaptá-los ao presente e ao futuro.¹¹⁰

Para exemplificar a concepção de direito como integridade, Dworkin faz uso da ideia de “romance em cadeia”, de forma que os juízes são equiparados a autores literários que estão escrevendo conjuntamente uma obra literária. Para ele, cada julgador está escrevendo um capítulo e, para que haja coerência, é preciso que cada autor atente para o capítulo anterior ao mesmo tempo em que precisa escrever o seu capítulo com coerência, preocupando-se com a continuação que será escrita pelo autor subsequente:

Assim deve ser o trabalho do juiz na visão de Dworkin, pois ao mesmo tempo em que deve se debruçar sobre as decisões tomadas no passado a fim de tentar entender a tradição consolidada na prática jurídica sobre determinados casos, precisa preparar as gerações seguintes de juízes para que estes possam decidir da melhor maneira possível, sempre visando à prática interpretativa “sob a melhor luz”, na denominação do autor, isto é, deve haver sempre o ideal de aperfeiçoamento do Direito.¹¹¹

A escrita do romance faz com que a prática jurídica vire um todo coerente e unificado, havendo uma constante comunicação entre as diferentes gerações de juízes.¹¹²

Outro aspecto que traz integridade para o processo decisório é o uso de precedentes, os quais se tornam um núcleo essencial de diretriz para o julgamento de casos semelhantes conforme se delineará a seguir.

2.2.1 O uso de precedentes

Conforme brevemente delineado, a integridade leva à conclusão de que o juiz não pode ignorar o passado e não pode ser cético quanto à existência de direitos

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 272-273.

¹¹⁰ VERBICARO, op. cit p. 124

¹¹¹ VERBICARO, op. cit p.125

¹¹² VERBICARO, idem.

prévios, sem tomar como parâmetro uma decisão semelhante, pois se assim não for, correrá o risco de instabilidade dentro do sistema, haja vista que cada juiz pode decidir conforme o que bem entender.¹¹³

Apesar da necessidade de analisar decisões passadas, Dworkin faz uma ressalva no sentido de que o juiz, ao analisar tais decisões, não deve se preocupar apenas com o conteúdo das mesmas, mas também, no modo como elas foram tomadas, quem as tomou e em qual contexto. Afirma o autor que os juízes se diferenciam dos legisladores porque devem agir sob a égide dos princípios e não da política.¹¹⁴ O uso dos precedentes só se justifica se pretender extrair deles argumentos morais, não políticos.

Barboza esclarece que a coerência não diz respeito apenas a decisão judicial precedente, mas também, com os princípios que a fundamentaram. Nessa perspectiva, em que pese não ser necessária uma adesão estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões, a chamada “força gravitacional” dos precedentes.¹¹⁵

A força gravitacional do precedente ampliará sua força para além dos novos casos. Ou seja, o juiz deverá limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípios necessários para justificar tais decisões, vez que se considerasse eventuais decisões apenas pautadas em argumento de política, não haveria força gravitacional alguma. Dworkin explica que a força distributiva de uma meta coletiva é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa e, em razão disso, não possuem força gravitacional.¹¹⁶

Dworkin “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”¹¹⁷, “na medida em que os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes,

¹¹³ VERBICARO, op. cit p.124

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 292.

¹¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Org. André Coelho; Saulo de Matos; Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. P. 193

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 177.

¹¹⁷ BARBOZA, op. cit p. 192

é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais e futuros faz parte da razão humana prática”.¹¹⁸

A decisão consequencialista então, utiliza-se de métodos que buscam anteceder o futuro, já os precedentes buscam integrar decisões pretéritas e as futuras. Verifica-se, então, que o uso de precedentes tem como ponto de partida a análise do que já foi decidido em tempos pretéritos, mas não exige necessariamente, que o juiz do presente mantenha uma perfeita equivalência de raciocínio ou de conclusão, mas que, ao menos, haja coerência entre elas, é o que explica Barboza:

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente. O precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos.¹¹⁹

Ainda, outra razão que embasa a força normativa dos precedentes diz respeito aos valores constitucionais fundamentais, tendo em vista que o fato das Cortes manterem a uniformidade do direito em sua interpretação e pode ser considerado como um requisito para assegurar o Estado de Direito para que se garanta a igualdade de tratamento entre casos similares bem como a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídica.¹²⁰

Além do mais, imperioso destacar que o uso de precedentes tem também um aspecto instrumental, os quais garantem a confiabilidade no que já foi decidido e evitam litígios desnecessários especialmente quando já existirem decisões a respeito por Cortes superiores.¹²¹

¹¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios...op. cit p.150

¹¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios...op. cit p. 151

¹²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios...op. cit p. 163-164

¹²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. ...op. cit p.164

Explica Barboza que existem duas variações do *stare decisis*¹²²: vertical ou horizontal. Para a autora, o *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. Já o *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes. Aqui, a explicação para a observância do sistema vertical coordena os juízes, melhorando o processo de decisão judicial¹²³, ao passo que o *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes e a justificativa mais convincente para a obrigatoriedade é que um juiz aplique o mesmo princípio em novos casos, mantendo a integridade do direito.¹²⁴

Insta salientar que a teoria do *stare decisis* observa a integridade e exige respeito aos precedentes e não sua imutabilidade, todavia, não admite que se revogue um precedente com fundamento em argumentos consequentialistas e que ignore os precedentes com base em argumentos de política. Dessa forma, o que se defende pela aplicação do princípio da integridade na decisão judicial é o respeito ao passado, o que poderá ser feito seguindo, revogando ou distinguindo os precedentes.¹²⁵ No caso, até poderia haver a superação do entendimento da Suprema Corte quando do julgamento do *habeas corpus* 840.787 para o *habeas corpus* 126.292, mas que tal decisão não fosse baseada em argumentos consequentialistas e de política.

Nessa toada, a preservação do *stare decisis* busca preservar a segurança jurídica nas decisões judiciais, a qual só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos¹²⁶, ainda mais por se tratar, em muitos dos casos, do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e

¹²² Sobre *stare decises* ver: Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica : reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law* – 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

¹²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios...op. cit p.152

¹²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. In A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014. P. 190

¹²⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais. Idem.

¹²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p. 181

significado de forma segura, pois caberá a um grupo de juízes não eleitos pelo povo a definição da moralidade política da comunidade ao decidir o caso concreto.¹²⁷

Assim, pode-se ainda afirmar que, decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, estão intimamente relacionados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes.¹²⁸

2.2.2 Escrevendo um romance em cadeia

A ideia do romance em cadeia e do direito como integridade de Dworkin, orbita no sentido de que juízes profiram decisões como se estivessem a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões no futuro, havendo continuidade do processo decisório no tempo. Essa integridade do processo decisório garante estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas para os cidadãos no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.¹²⁹

O romance em cadeia exige que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, devendo ter em vista que está diante da criação de um único romance, como se fosse obra de um único autor. Tal prática exige que cada romancista, faça uma avaliação geral de sua parte à medida que ele escreve.¹³⁰

Nesse processo, o intérprete deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Trata-se de uma continuidade e não de um novo começo e, por isso, sua liberdade criativa fica bastante limitada. Aduz Oliveira que no processo de escrita não é necessário que haja concordância com todos os elementos, mas ao menos em relação aos pontos estruturais. Pode ser que o intérprete conclua

¹²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p.186

¹²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p.181

¹²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p. 193-194

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 236-238.

que há mais de uma leitura possível em relação ao texto e a partir de então deve decidir qual delas se ajusta melhor à peça em construção.¹³¹ Pontua Oliveira:

Dworkin concebe prática jurídica como a elaboração de um romance em série. Tal perspectiva aduz um direito como integridade, o qual vai atingir afirmações jurídicas como conceitos interpretativos voltados para o passado e ao futuro simultaneamente. Os operadores jurídicos, ao interpretarem o direito como integridade, fixam e identificam direitos como se estes consistissem em criações de um único autor. Essa exigência torna-se necessária uma vez que as proposições jurídicas têm validade quando advêm dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação do direito.¹³²

É nesse contexto que se justifica a importância do estudo do direito como integridade e da ideia do romance em cadeia, tendo em vista que a partir dessa prática é possível garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais, de forma a evitar decisões conflitantes no *stare decisis* horizontal ou vertical, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) — ou de maneira estratégica — apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do julgador¹³³, isso é:

os juízes tentam encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Em seguida, verificam quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, e, apenas então, se houver mais de uma interpretação adequada, deverão buscar aquela que maximize esse conjunto coerente de princípios. O direito como integridade será determinante tanto na adequação quanto na justificação do melhor significado.¹³⁴

Não obstante, como bem ensina Barboza, o que se verifica no atual cenário nacional é que cada juiz (ministro) julga o caso individualmente, havendo apenas a soma das decisões com motivos determinantes diversos, o que impede que se forme um entendimento do Tribunal, não ficando clara qual a *ratio decidendi* que poderia vincular os casos futuros que venham a tratar do mesmo assunto. É nessa perspectiva

¹³¹ OLIVEIRA, Márcio Etiane Nogueira Almendros de. Dworkin e o direito como integridade. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS DIRETORIA DE ENSINO A DISTÂNCIA. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO. 'Belo Horizonte, 2016. P. 20

¹³² OLIVEIRA, Márcio Etiane Nogueira Almendros de. Dworkin e o direito como integridade...op. cit p.12

¹³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p. 193

¹³⁴ OLIVEIRA, op. cit p. 20

que se defende o Direito como integridade, tendo em vista que demonstrada a necessidade de diálogo na Corte e nas demais instâncias do judiciário, para que haja um entendimento coerente em todo o ordenamento.¹³⁵

2.3 A instabilidade no processo decisório no supremo tribunal federal

Conforme já delineado nesse capítulo, é necessário que o julgador atue com integridade, tanto no que diz respeito ao uso de precedentes, quanto em relação à escrita do romance, sob pena de pôr à prova a estabilidade do sistema. Em que pese a importância da fundamentação das decisões, um aspecto que também merece atenção é a própria estrutura administrativa da Corte, sendo que a instabilidade *procedimental* acaba, inequivocamente, acarretando grave ataque à segurança jurídica.

Veja, a crise institucional¹³⁶ ora vivenciada ocasionou o descrédito populacional nos setores da democracia representativa, fazendo com que o protagonismo judicial se tornasse a “solução” para a concretização das políticas públicas. Isso inseriu o Judiciário brasileiro num universo que extrapola para muito além daquela de exercedor da “mera” função de resolver conflitos em casos concretos.

Diante disso, é notório que as relações entre o STF e a sociedade têm se aprofundado à medida que o tribunal passa a decidir cada vez mais sobre questões relevantes relacionadas com o dia a dia dos cidadãos, principalmente em questões políticas. O uso da mídia faz com que temas relacionados à jurisdição alcancem todos os segmentos da população, seja por meio da expansão das redes sociais ou mesmo com a criação da TV Justiça¹³⁷.

¹³⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais ...op. cit p.194

¹³⁶ Ver artigos de opinião: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/editoriais/o-stf-hesita-em-resolver-a-crie-que-criou-anulacao-julgamentos-lava-jato/>
<https://www.infomoney.com.br/politica/crie-no-stf-reabre-debate-sobre-impeachment-de-ministros-entenda-o-passo-a-passo/>
<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/relato-de-janot-coroa-ma-relacao-entre-procuradores-e-ministros.shtml>
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58430>
https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/apos-mensagens-ministros-do-stf-falam-em-crie-e-cobram-investigacao-da-forca-tarefa-01082019

¹³⁷ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? São Paulo: Lua Nova, 2013, p. 429.

A “intensificação das relações comunicativas entre STF e cidadãos, entre STF e opinião pública”¹³⁸, faz com que as decisões proferidas alcancem um novo patamar de visibilidade, o que traz à tona inúmeras críticas acerca de determinado posicionamento tomado e como isso irá refletir nas searas jurídica, política e econômica.

É preciso ter em mente que, no momento da tomada de decisão, apesar da imparcialidade do julgador, este não está isento do exercício do juízo de valores, e por isso acaba por sopesar inúmeros fatores para conceder ou negar pedidos feitos pelos litigantes, tendo passado a ser habitual, ainda, ao julgador, verificar se o momento da ocorrência do litígio é oportuno para colocar em pauta determinado assunto, tendo em vista os efeitos que poderão dele decorrer.

Com essa possibilidade de criar o *tempus* adequado para o julgamento de determinado processo, o STF, por “não ter que cumprir” agenda, consegue manipular *o que* julgar e *como* julgar, uma vez que quem decide o momento oportuno é o relator de forma monocrática.

Nesta toada, o Supremo tem conseguido *manipular* o contexto de julgamentos importantes no cenário político por causa da ausência de agenda, pelas decisões liminares desenfreadas e contraditórias e pelos pedidos de vista, fatos esses que acarretam total insegurança aos jurisdicionados e que acabam por violar seriamente o princípio constitucional da segurança jurídica, ocorrência esta que já leva os analistas do direito positivo a questionar o porquê de o “Guardião da Constituição” não estar a guardá-la.

Além da insegurança acarretada pelas funções administrativas do STF, deve-se pontuar a própria instabilidade do processo decisório, com decisões oscilantes e incompatíveis entre si; exemplos destes são midiáticos e criam um sentimento de descrédito – até no Judiciário – e de perplexidade da Comunidade Internacional ante as ocorrências judiciais da Suprema Corte brasileira.

2.3.1 Modulação dos efeitos no tempo

No momento de inclusão do processo em pauta, além dos critérios fundamentalmente de direito, o julgador leva em conta outros fatores, tais como custos

¹³⁸ FALCÃO; OLIVEIRA. Op. Cit. p. 432.

decisórios e possíveis consequências que uma decisão pode acarretar à sua imagem e credibilidade, bem como as eventuais consequências da interferência do Judiciário em uma determinada política pública.¹³⁹

Segundo aponta Alves, o tempo processual de uma ação poderia ser utilizado como um meio informal de decisão, isto é: em casos cujo custo decisório seja elevado, pode-se optar pela procrastinação, adiando o momento da decisão, até que a mesma já não possa ser tomada, perdendo-se, então, o próprio objeto da ação¹⁴⁰, ou, ainda que permaneça vivo o objeto, a repercussão gerada pode ser mais adequada segundo interesses econômicos ou políticos.

Dentre outras possibilidades de modulação do *timing* decisório, tem-se a questão da elaboração de agenda, pedidos de vista e concessão monocrática de liminar, conforme se passa a expor.

2.3.1.1 A elaboração da pauta do supremo tribunal federal

O processo judicial é um conjunto de regras e uma sequência de procedimentos que visam atingir determinadas finalidades. É também um espaço social onde são elaboradas estratégias e há a possibilidade das partes envolvidas, assim como os julgadores, de exercerem poderes.¹⁴¹

Para que o exercício da magna jurisdição possa ser concretizado, é necessário um conjunto de procedimentos internos do próprio Tribunal, dentre os quais a sua organização administrativa, materializada no Regimento Interno (RISTF) que dispõe sobre organização e competência, serviços do Tribunal, procedimentos e, dentre esses, o poder de elaboração de pauta, a qual entende-se como

(...) a possibilidade de o Tribunal Constitucional (ou alguns de seus integrantes ou formações) determinar de maneira amplamente discricionária a ordem de julgamento, agilizando ou dificultando o efetivo acesso à justiça constitucional. Essa forma de filtragem, que está no centro do presente estudo, relaciona-se com a questão da celeridade, da previsibilidade e da racionalidade no processo constitucional. Formulada de maneira simples, a pergunta é: Quem define a “pauta” de julgamento da justiça constitucional,

¹³⁹ ALVES, Paulo César Amorim. O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Escola de Formação, 2006, p. 21.

¹⁴⁰ ALVES; Op. Cit. p. 22.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo*. In: I XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux.. 4357- 4377. p. 4358.

com base em quais critérios e com quais consequências jurídicas e políticas?¹⁴²

A reflexão sobre o poder de pautar possui uma evidente dimensão política no âmbito do processo constitucional. Quem exerce esse poder tem, tecnicamente, o controle do afastamento de atos normativos, o que pode influenciar a esfera econômica e política das partes envolvidas ou da sociedade como um todo. Percebe-se: uma declaração de inconstitucionalidade pode interferir diretamente em um projeto político caso a decisão seja proferida de maneira mais célere; ou, ainda, caso a mesma decisão ocorra anos ou décadas depois, ela terá efeitos muito mais limitados.¹⁴³

Para que se possa entender a relevância da pauta temática é de se levar em conta que o Judiciário é poder reativo, isto é, só decide quando é provocado pelos atores legitimados¹⁴⁴. Agora, uma vez que determinada questão chega ao STF, quando ela será pautada? Como será decidido o quê e quando julgar? Como a pauta das sessões é organizada e decidida? Quais os critérios que determinam a entrada ou não de um processo na pauta de julgamento?¹⁴⁵ O problema é que a própria Constituição foi quem permitiu aos tribunais a elaboração dos seus Regimentos Internos¹⁴⁶.

¹⁴² DIMOULIS; LUNARDI, Op. Cit. p. 4360.

¹⁴³ DIMOULIS; LUNARDI, Op. Cit. p. 4361.

¹⁴⁴ FALCÃO; OLIVEIRA, Op. Cit. p. 443.

¹⁴⁵ FALCÃO; OLIVEIRA, Idem.

¹⁴⁶ PRECEDENTE: RELATOR(A) MINISTRO PAULO BROSSARD - STF - ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO: 1105/DF - DJ 27-04-01. VOTO. (...) Os antigos Regimentos lusitanos se não confundem com os Regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu Regimento Interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua conseqüente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus Regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu Regimento. O Regimento Interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o Regimento Interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o Regimento Interno prepondera. Constituição, art. 5º,

A despeito disso, o Regimento Interno do STF (RISTF), em seu artigo 21, X¹⁴⁷, define que o poder de pautar é dividido entre Relator e Presidente do STF. Aduz o referido Regimento que o relator do processo solicita ao presidente data de julgamento, sendo do Presidente a competência de incluir em pauta, de acordo com o artigo 13, III do RISTF.¹⁴⁸

Assim, na medida em que os ministros finalizam suas relatorias, enviam-nas para que sejam colocadas em pauta. Às vezes são incluídas por ordem de chegada, outras por requerimento de um ou outro ministro; a pedido da parte ou mesmo a própria Presidência pede prioridade. Tem-se também, o critério legal de prioridades que vem estabelecido no artigo 145 do Regimento, como por exemplo, *habeas corpus* e mandado de segurança.¹⁴⁹

Todavia, apesar do que está formalmente estabelecido no Regimento Interno, não há qualquer dispositivo que vincule essa atividade administrativa à uma determinada sanção contra o ministro inobservante da norma regimental. A despeito desse poder discricionário, Arguelhes e Ribeiro pontuam:

Entretanto, independentemente desses poderes formais, a variável que mais afeta a liberdade de o tribunal formar sua agenda é, na prática, se o tribunal está ou não obrigado a decidir (ou, no mínimo, a decidir se decide, como no caso da Suprema Corte dos EUA) dentro de um determinado prazo. Se essa obrigação não existe ou não vincula o tribunal na prática, possuir ou não o poder formal de rejeitar casos se torna pouco relevante (Arguelhes; Hartmann, 2017). Afinal, um tribunal sem prazo sequer para decidir se decide pode simplesmente permanecer em silêncio — às vezes durante anos — sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não a decidirá.¹⁵⁰

O problema da questão reside não na atividade administrativa do poder de agenda, pois é uma competência para o próprio funcionamento do Supremo, mas sim na ausência de previsibilidade de quando determinado caso ou assunto será colocado

LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta.

¹⁴⁷ Art. 21. São atribuições do Relator:

X – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso;

¹⁴⁸ Art. 13. São atribuições do Presidente:

III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento;

¹⁴⁹ FALCÃO; OLIVEIRA. Op. Cit. p. 444.

¹⁵⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia – O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, V. 37, n. 01, p. 13-32, Jan.–Abr. 2018. p. 18.

em pauta, o que consequentemente acarreta na insegurança jurídica, uma vez que a “Corte reage de modos diversos aos incentivos, pois tem suas lógicas próprias de ação, agendas substantivas e prioridades”.¹⁵¹

Independentemente de quais sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que entrará em pauta para julgamento, modular o *timing* da decisão poderá interferir e afetar no seu resultado de pelo menos três maneiras: (i) alterando o contexto político de tomada de decisão; (ii) interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, isto é, com a composição da Corte e (iii) por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos.¹⁵²

Uma questão que merece relevo na presente discussão, foi o *julgamento político* sobre a possibilidade da prisão em segundo grau, de modo que o STF preferiu julgar concretamente o tema, em específico o habeas corpus do ex Presidente Luís Inácio Lula da Silva, dando ali uma resposta imediata aos anseios de grande parte da população ao invés de julgar o tema abstratamente vez que pendente o julgamentos das ADCs 43, 44 e 54.

Sob essa perspectiva, o poder de definir a pauta resulta em decidir quando julgar um dado tema ou caso, modulando os efeitos das decisões judiciais em momentos específicos, podendo “afetar o comportamento de atores políticos”¹⁵³. O modo de estabelecer a pauta

(...) pode sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o *status quo* inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva—do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores fora do tribunal—que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir.¹⁵⁴

Assim, “o papel político da Suprema Corte é amplo e complexo, pois é provocada a decidir sobre questões críticas e suas respostas produzem impactos imprevistos”¹⁵⁵, de modo que “decisões judiciais podem gerar estratégias de

¹⁵¹ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. São Paulo: CEBRAP, Novos Estudos, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 de agosto de 2018, <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>, p. 77.

¹⁵² ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 18.

¹⁵³ ARGUELHES; RIBEIRO. Idem.

¹⁵⁴ ARGUELHES; RIBEIRO. Idem.

¹⁵⁵ KOERNER. Op. Cit. p. 78.

resistência e contramobilização”¹⁵⁶, sobretudo, pelo fato da escolha de quando irá julgar.

Verifica-se então, que compreender a agenda decisória do STF permite melhor precisar o fenômeno de expansão do Poder Judiciário no cenário nacional dos Poderes, bem como o aumento da sua influência política, e isso ajuda a problematizar uma série de indagações sobre os efeitos dessa expansão.¹⁵⁷

O poder de agendamento da pauta do STF acaba por refletir na mídia, e essa por sua vez, exerce sobre o cidadão grande impacto ao optar por noticiar e dar destaque a alguns fatos e não a outros¹⁵⁸, como por exemplo, julgamentos da operação Lava-Jato que desencadearam inúmeras prisões de figuras políticas altamente conhecidas no cenário nacional.

Em estudo realizado por Oliveira¹⁵⁹, analisou-se ADIs com decisão final, julgadas de outubro de 1988 a julho de 2014. No referido levantamento de dados, viu-se a maior representatividade dos seguintes temas: agentes públicos, administração pública, política tributária, regulação da economia, administração da justiça e competição política, ou seja, matérias diretamente relacionadas com questões políticas e econômicas¹⁶⁰, o que traz a percepção de que o Supremo “opera, funcionalmente, como órgão de governo”¹⁶¹ uma vez que sua agenda é essencialmente política, seja pela questão material como pelos próprios agentes legitimados a acionar o STF.¹⁶²

É importante frisar que o poder de pautar diz respeito à atividade administrativa do STF e, por se tratar de ato administrativo, não se pode perder de vista o dever de satisfazer a uma dupla finalidade: a ordenação, disciplina e limitação do poder, e, ao mesmo tempo, a eficácia e efetividade da ação administrativa; logo, deve haver moralidade, eficiência, imparcialidade e todos os demais princípios norteadores para que o papel exercido pelo Supremo esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito.

¹⁵⁶ KOERNER. Idem.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Agenda Suprema – Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. São Paulo: *Tempo Social*, 28(1), 2016, 105-133, p. 106.

¹⁵⁸ FALCÃO; OLIVEIRA. Op. Cit. p. 445.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Eduardo Santos de. *O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática*. *Sociologias*, 33: 206-246.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Eduardo Santos de. Op. Cit. p. 111-112.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Eduardo Santos de. Op. Cit. p. 224.

¹⁶² OLIVEIRA, Fabiana Luci. Op. Cit, p. 112.

Assim, pode-se concluir que a ausência de uma agenda rígida dá grande discricionariedade ao Supremo no momento de elaboração da sua pauta. O Relator, como bem lhe aprouver, julga-se apto a colocar determinado processo para apreciação do Plenário e, por sua vez, o Presidente da Corte opta por incluir ou não em pauta. Com a escolha do *timing* do julgamento, modula-se os efeitos da decisão no tempo e, uma vez se tratar, em sua maioria, de questões afetas ao âmbito político e econômico, o STF faz “(...) uso desses poderes de agenda e os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no *status quo*, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas”¹⁶³.

2.3.1.2 Os pedidos de vista

Após a inclusão do processo em pauta, há ainda outra possibilidade de manipulação do *timing* decisório quando se realiza o pedido de vistas, isto é, quando determinado ministro “não se julga apto” a decidir a causa no momento da discussão em Plenário e requer vistas dos autos “para melhor entender” a situação e, assim, proferir o seu voto:

Após o relator ter liberado o caso para julgamento e o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente. Contudo, mesmo após esses dois mecanismos convergirem para iniciar um julgamento, cada ministro do Supremo tem, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista. Formalmente, pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes e, segundo o Regimento, estão sujeitos a um prazo que já foi de quase um mês e, hoje, é de cerca de duas semanas. Contudo, na média, os casos ficam mais de um ano com os ministros — alguns chegam a ficar mais de uma década¹⁶⁴.

Nesse ponto, assim como na questão da modulação do *timing* decisório no momento da inclusão em pauta, há também a possibilidade de se manipular o julgamento de casos complexos e de interesses de segmentos altamente

¹⁶³ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 21.

¹⁶⁴ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 20.

influenciáveis. São onze ministros e se qualquer um deles requerer vistas, o julgamento será interrompido até que os autos retornem ao Plenário.

Em estudo impressionante¹⁶⁵, levantou-se que alguns pedidos de vista já tiveram duração de quase três mil dias paralisados no gabinete do ministro Nelson Jobim e quase mil e quatrocentos no de Sepúlveda Pertence, o que revela total incompatibilidade com a finalidade do instituto.

Sob essa perspectiva, é importante salientar que o pedido de vistas é totalmente legal e compreensível; todavia, não existe sanção para a permanência desarrazoada dos autos no gabinete do julgador, e tal manobra pode ser usada para adiar uma decisão, inclusive quando já havia maioria formada contra quem pediu a vista.¹⁶⁶ Assim, corre-se o risco de os jurisdicionados se verem sob uma guerra de egos e numa manobra de interesses contrapostos. Ademais, a demora de tal procedimento pode ser de forma proposital, na qual se espera determinado momento para prosseguir o julgamento, muitas vezes dando espaço para que manifestações sociais ocorram ou sejam obstadas, bem como pela possibilidade de alteração do entendimento dos seus pares ou mesmo pela própria modificação da composição da Corte.

2.3.1.3 A apreciação monocrática de liminares

Por fim, a última questão a título de controle do *timing* que aqui se analisa diz respeito às liminares monocraticamente decididas no STF. Sob essa perspectiva, a decisão liminar concede total ou parcialmente o objeto do pleito do requerente antes da decisão definitiva do processo.

Por não se tratar de cognição exauriente, as decisões liminares acabam por suspender a necessidade de uma fundamentação e de persuasão mais profunda do ministro em favor de situações limítrofes, desde que considerados os limites processualmente estabelecidos, quais sejam: (i) a evidência do direito, (ii) o perigo da demora ou (iii) risco ao resultado útil do processo. Dessa maneira, a fundamentação

¹⁶⁵ PEREIRA, Saylor Alves. *Os pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010, p. 32.

¹⁶⁶ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 21-22.

necessária para a concessão de uma liminar é aquela que considera esses três fatores.¹⁶⁷

Logo, presentes os requisitos citados, é possível a concessão do pedido sem entrar profundamente no mérito da questão. Dessa forma, a decisão liminar é uma possibilidade institucional para que o julgador não exerça seu dever de motivação e persuasão racional – afinal, não há racionalidade em conceder um pedido sob mera aparência de sua legitimidade¹⁶⁸. Entrementes, essas medidas têm como característica a sua temporalidade, uma vez que elas podem ser confirmadas ou revogadas até o julgamento de mérito.

Ocorre que, por questões que aqui não serão debatidas, com a concessão de liminar, há a possibilidade de fazer uma decisão “precária” protrair-se ao longo de anos:

A longa duração dessas medidas, em termos de políticas públicas, quase dá a elas o *status* de uma decisão de mérito. Considerando-se que uma determinada política pública é resultado de um cenário político, econômico e social específico, atrasar a implementação dessa medida em quase oito anos pode praticamente anulá-la.¹⁶⁹

Segundo Arguelhes e Ribeiro, entre o período de 2007 a 2016, o tempo entre a concessão de uma medida liminar, em controle concentrado, até a primeira oportunidade de apreciação pelo colegiado, orbitou na média de 1.278 dias.¹⁷⁰ O que se verifica, então, é que em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada¹⁷¹.

Sobre a possibilidade de modular os efeitos com a apreciação da liminar de forma monocrática e com vigência por tempo indeterminado, Alves assevera que a concessão de uma liminar pode ser confortável aos olhos dos ministros, pois podem decidir com base em suposições ou em suas próprias preferências e, como não há necessidade de uma fundamentação legal rígida por se tratar de decisão precária, a liminar acaba sendo um meio informal de decisão quando é vista como uma saída

¹⁶⁷ ALVES, ...op. cit p. 55.

¹⁶⁸ ALVES. Idem.

¹⁶⁹ ALVES. Op. Cit. p. 57.

¹⁷⁰ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 24.

¹⁷¹ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 14.

institucional legítima para a tomada de decisões sem se arcar com os custos decisórios – entre eles os custos argumentativos – do julgamento.¹⁷²

Em tese, no atual desenho institucional, a rápida supervisão pelo Plenário seria a única maneira eficiente de controlar esse poder individual, de modo que os ministros, de forma monocrática, decidiriam a liminar com urgência a fim de preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia confirmar ou revogar a liminar e revogá-la em tempo hábil. Na prática, a realidade é outra: diante da interação entre o poder de definição de pauta e poder de decisão monocrática, a supervisão do Plenário acaba se tornando opcional¹⁷³:

O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do Plenário—a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual. Ao manter o caso fora da apreciação do Plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, *evitando* o Plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, *emparedando* o Plenário).¹⁷⁴

Diante de tais constatações, infere-se que o elevado número de liminares monocráticas acaba por desvirtuar o real sentido do Supremo Tribunal Federal: a *colegialidade das decisões*.

A questão suscitada não diz respeito às liminares em si, mas sim ao longo período que ficam vigentes e produzindo efeitos até que seja apreciada pelo colegiado. Nesse lapso temporal, os efeitos geram consequências, as quais muitas vezes se tornam irreversíveis ou perdem o objeto quando da apreciação definitiva.

E esta abertura existente no RISTF que possibilita aos ministros a concessão de liminares unilaterais, sem apreciação colegial, quando comentada com algum estudioso do Direito Constitucional estrangeiro, causa perplexidade, pois não se tem conhecimento que tal ocorrência – e com tamanha frequência – seja possível no Tribunal Constitucional de uma Espanha, de um Portugal ou de uma Áustria.

Todavia, é possível que desta “falha sistemática” o Brasil se livre, caso queiram os verdadeiros legisladores. Neste sentido, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou, em junho de 2019, projeto que impede ministros do

¹⁷² ALVES. Op. Cit. p. 57.

¹⁷³ ARGUELHES; RIBEIRO. Op. Cit. p. 24.

¹⁷⁴ ARGUELHES; RIBEIRO. Idem.

Supremo Tribunal Federal de suspenderem leis por decisão monocrática. Agora, a proposta segue para o Plenário do Senado, em regime de urgência. Se aprovado sem alterações, vai para sanção presidencial. A proposta visa restringir a atuação individual dos ministros do Supremo em medidas cautelares relacionadas a ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Conforme o texto, no período de funcionamento regular do Supremo, as concessões de natureza cautelar, liminar e similares devem ser obrigatoriamente dadas pela maioria dos ministros. A decisão monocrática do presidente da corte só será aceita durante o recesso e em circunstância de excepcional urgência. Com a retomada das atividades normais, o Pleno do tribunal deverá examinar a questão que suscitou a liminar monocrática.

2.3.2 Ausência de uniformização de entendimento como efeito da modulação do *timing* decisório

Anteriormente, analisou-se a questão da instabilidade e incoerência do STF no momento do desempenho de suas funções administrativas – definição de pauta – e até mesmo em procedimentos que envolvem a atividade jurisdicional, como a concessão monocrática de liminares.

Esses apontamentos desaguam em um mesmo problema: o momento em que se realiza a tomada de decisão. Ora, como demonstrado, os temas mais recorrentes dizem respeito a especificidades de grande relevância social e, quando se tem o poder de modular os efeitos de questões políticas e econômicas, ou mesmo de questões processuais ou de direito material, é preciso ser cauteloso quanto à lealdade das intenções por trás de tais manobras.

A modulação do *timing* muitas vezes traz consigo decisões consequencialistas que, por assim serem, não conseguem gerar uniformidade na jurisprudência e nem mesmo têm-se prestado na criação de precedentes. Gundim e Valverde complementam:

Esta ausência de uniformização de entendimento é extremamente perigosa para o Estado Democrático de Direito, uma vez que coloca em xeque a própria funcionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pela guarda da Constituição Federal. Isso porque, uma das funções primordiais de uma Corte colegiada é empreender, coletivamente, um resultado global que redunde na prestação jurisdicional

mais adequada ao jurisdicionado. Em outras palavras, o resultado coletivo deve corresponder à adequação entre as interpretações individuais de cada um dos juízes.¹⁷⁵

A realidade hoje vivenciada é a ausência de preocupação de coesão ou uniformidade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que na maioria dos julgamentos o que se presencia é a somatória de onze votos tomados isoladamente, quando o ideal seria uma decisão colegiada uniforme.¹⁷⁶

Essa individualidade vem apontando para a existência de “ilhas” que seriam caracterizadas por uma pretensão de autossuficiência decisória em que individualmente cada ministro expõe seus argumentos justificando o porquê de decidirem desta ou daquela forma, acreditando que a sua “convicção pessoal” individual basta por si mesma para a adequada prestação jurisdicional reclamada¹⁷⁷:

Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em Plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da *questio iuris* submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.¹⁷⁸

Nessa senda, a falta de uma clara fundamentação comum sugere uma resposta: talvez as práticas decisórias no Supremo não nos permitam falar em fundamentação coletiva dos acórdãos, mesmo nos casos decididos consensualmente. O que se verifica é a exposição individual dos seus votos ou o

¹⁷⁵ GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. *Justiça aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de Justiça no caso concreto*. In Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 389-412, out./dez. 2017. p. 391.

¹⁷⁶ GUNDIM; VALVERDE. Op. Cit. p. 399.

¹⁷⁷ GUNDIM; VALVERDE. Op. Cit. p. 398.

¹⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. p. 458.

acompanhamento com as razões do Relator. A Corte é incapaz de decidir como um único julgador.¹⁷⁹

Por óbvio que entre onze indivíduos nem sempre haverá consensualidade de entendimento e nem é isso que se exige. Os ministros podem ter conclusões divergentes e isso é próprio da atividade interpretativa. O que se espera é que, no momento da interpretação, o “protagonismo judicial individual existente no órgão colegiado dê passagem a um resultado uniforme e final, que deverá transcender a individualidade do ministro julgador e que seja capaz de afastar a tão famigerada autossuficiência decisória”¹⁸⁰.

A Corte fragmentada não atua como um colegiado que julga conjuntamente para firmar uma jurisprudência que sirva de parâmetro geral; sem tal coerência jurisprudencial para temas tão caros, o Supremo expõe sua instabilidade e alimenta fortemente o questionamento da sua atuação.

Veja-se que, em órgãos dessa natureza, a coerência reside na deliberação entre os julgadores na busca de uma decisão comum. Mesmo diante de todo o arranjo institucional da Corte Suprema, o que se percebe é que cada vez mais os ministros decidem de forma individual, priorizando o que irá, como irá e quando irá julgar, trazendo a sensação de que cada julgador consegue controlar a atuação do STF.

Com toda essa possibilidade de modulação do *timing* de julgamento, tem-se como uma das consequências a prolação de decisões inadequadas e consequencialistas, em um momento tentando agradar a uns, em outro a outros, o que resulta em uma grave crise de identidade.

A atividade jurisdicional deve estabilizar as expectativas, trazendo a previsibilidade e a segurança jurídica aos jurisdicionados no intuito de preservar a estruturação constitucionalmente posta do Estado brasileiro e de buscar a proteção dos direitos constitucionalmente previstos.

CAPÍTULO 3 (NÃO) PRECEDENTES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 Equívocos de uma decisão consequencialista e a não vinculação de precedentes baseados em argumentos metajurídicos

¹⁷⁹BOGOSSIAN, Andre; ALMEIDA, Danilo dos Santos de. É possível falar em precedente “do Supremo”? In Onze supremos: o supremo em 2016. Organizadores: Joaquim Falcão; Diego Wernerck Arguelhes; Felipe Recondo. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV Rio, 2017. p 117.

¹⁸⁰ GUNDIM; VALVERDE. Op. Cit. p. 391

Como já abordado no trabalho até o presente momento, o entendimento no que diz respeito à possibilidade do cumprimento provisório da pena sofreu diversas nuances a partir de 2016, época em que houve alteração da jurisprudência da Suprema Corte, a qual passou a autorizar a execução penal antes do trânsito em julgado.

O problema central da questão reside – além de aqui se defender a impossibilidade do cumprimento provisório da pena – da instabilidade do STF ao tratar do tema, qual seja, ausência de agenda e julgamento tardio das ADCs 43, 44 e 54 (as quais serão vistas a seguir); ausência de entendimento e diálogo entre os ministros e atuações individualizadas dentro da Corte (*ministrocracia*); utilização de argumentos metajurídicos e consequencialistas que se revelam impossíveis de criar precedentes.

Assim, importante trazer à baila nesse momento do estudo, alguns dos argumentos equivocados utilizados nos votos dos ministros no decorrer dessa *novela* de julgamentos.

Um dos Ministros que merece maior atenção é o Luís Roberto Barroso, que em toda e qualquer oportunidade de manifestação, exerce sua judicatura populista, utilizando-se de *antenas* que captavam o desejo popular, buscando sempre o bom, o justo e, portanto, predestinado a mudar o curso da história barrando a criminalidade e a impunidade penal.¹⁸¹

Inicialmente, no Habeas Corpus 126.292/SP, Barroso entendeu pela alteração do entendimento da Suprema Corte, aduzindo que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso *incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios*, de modo que tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus.

Afirmou o Ministro que houve *aumento da seletividade do sistema penal*, pois a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.

¹⁸¹ Sobre o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso ver: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

Utilizou como justificativa para autorizar a antecipação da pena o significativo *descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade*. Para ele, a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RExt para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.

Já no Habeas Corpus 152.752, cujo paciente era o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o qual foi impetrado contra a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou habeas corpus lá impetrado contra a execução imediata da decisão penal condenatória proferida pelo TRF4, Barroso afirma que o país que gostaria de deixar para os seus filhos não seria um paraíso para homicidas, estupradores e corruptos e que se recusaria a participar sem reagir de um sistema de justiça que não funciona, salvo para prender menino pobre. Para ele, se voltasse ao modelo antigo, haveria incentivos à corrupção generalizada, sistêmica e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, no cenário nacional, desenvolveu-se uma cultura da procrastinação que oscila entre o absurdo e o ridículo, de modo que a ideia de devido processo legal passou a ser a do processo que não termina nunca. E a de garantismo significa que ninguém deve ser punido jamais, não importa o que tenha feito.

Aduz, também que depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime, a execução da pena é uma exigência de ordem pública, para *preservação da credibilidade* da justiça, sendo que a credibilidade e respeitabilidade da justiça, por evidente, integram o conceito de ordem pública, que ficaria violada pela falta de efetividade do processo penal. A demora na aplicação das sanções proporcionais em razão da prática de crimes abalaria, então, o *sentimento de justiça da sociedade e compromete a percepção que a cidadania tem de suas instituições judiciais*.

Barroso traz em seu voto um levantamento estatístico – utilizado por ele e por tantos outros – que *demonstra* que aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas

0,035% de absolvições e defende que, subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade. O Ministro aduz que entende e respeita quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado, mas faz uma comparação de que se fosse para usar essa lógica em todos os seguimentos da vida, aeroportos deveriam ser fechados, porque, apesar de todos os esforços, há uma margem mínima de acidentes.

Também baseado em supostos dados estatísticos, agora no que tange à prescrição, Barroso afirma que num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de justiça e que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.

Nessa toada, verifica-se que nos dois *habeas corpus* que versam sobre a execução provisória da pena, o Ministro Luís Roberto Barroso utiliza-se de retórica *populista ou utilitarista*¹⁸² para fundamentar seu entendimento acerca do tema. Por óbvio, utilizou-se de fundamentação jurídica – e é o mínimo que se espera – todavia, o apaixonado discurso de busca de justiça e de exacerbado desejo punitivista perpassa para uma seara não abarcada pelo Poder Judiciário e aí retorna-se ao que já abarcado no capítulo 2 do presente trabalho: extrapolação das funções judiciais e invasão aos demais poderes, desequilibrando a separação tripartite, vez que fundamentos de política devem ser trabalhados no âmbito dos Poderes Executivos e Legislativos. Ademais, fundamentos baseados em política não podem ser utilizados como precedentes por não possuírem força gravitacional, pois apenas decisões baseadas em princípios seriam precedentes vinculantes.

Quando se analisa fundamentos consequencialistas e de política dentro do judiciário e por meio dessa hermenêutica (*in*) constitucional passa-se a tentar solidificar um entendimento jurisprudencial e criar precedentes, inicia-se um novo problema: precedentes que não vinculam.

Outro voto que merece destaque é o da Ministra Rosa Weber, que no julgamento do *habeas corpus* 152.752, evoca o princípio da colegialidade na atividade

¹⁸² Cf. SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 193-217 | jul./dez. 2018

jurisdicional, notadamente desempenhada pelas Cortes Supremas. Para a ministra, a colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular.

Para Rosa Weber, a colegialidade assume estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos *argumentos jurídicos* a fim de compor uma racionalidade única e institucional do tribunal.

Nessa mesma perspectiva, a Ministra afirma que, apesar de não haver efeito vinculante da decisão proferida em sede de no regime repercussão geral¹⁸³, tem-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida para estabelecer um padrão de equidade e coerência normativa decisória para o exercício da jurisdição. O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade.

Quando se fala em precedente e equidade, Rosa Weber vale-se da teoria da integridade de Dworkin para sustentar a alteração do entendimento da Corte de modo a atribuir autoridade e institucionalidade às decisões ali exaradas, independentemente

¹⁸³ No que tange à repercussão geral e efeitos vinculantes, o STF, em seu informativo 886, registra a declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, conforme informativo 886: A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 (2) do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

(...)

O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas. A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm> >

do seu entendimento pessoal, sendo que o plano de fundo do HC (execução provisória da pena), seria tratado em Plenário no julgamentos das ADCs 43, 44 e 54.

Segundo a Ministra, ao evocar Dworkin, aduz que uma instituição às vezes irá afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo, sendo um equívoco, portanto, apreender o regime de precedentes de modo a lhe emprestar rigidez estrita, vez que o precedente está em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito.

Diante de toda essa argumentação, pretende Rosa Weber, em suma, vota no sentido de denegar a ordem do *habeas corpus* com o intuito de manter a integridade da decisão da Corte quando da decisão do *habeas corpus* 126.292, de modo que eventual alteração sobre o tema deveria ser tratado em sede de controle de constitucionalidade abstrato, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Nesse panorama, o equívoco nos votos se retroalimenta, vez que a busca pela integridade das decisões é sedimentada no entendimento da Corte, mas, e quando não existe entendimento institucional? Ou ainda, quando não é possível verificar qual a *ratio decidendi* do julgado?

Ainda, a utilização da teoria de Dworkin se deu de forma transfigurada. A uma, como muito debatido, para o autor, fundamentos de política não vinculam e, ao se debruçar sobre os votos, encontra-se os mais variados argumentos metajurídicos e consequencialistas, como os trazidos no voto do ministro Luís Roberto Barroso acima aludidos. A dois, é possível o *overruling*, mas, como ensinado pelo próprio Dworkin, é necessário atentar-se às decisões pretéritas e imaginar as futuras, dando consistência ao romance escrito pelos julgadores. Na prática, o que verificou foi o *desastre em cadeia* diante de tanta inconsistência e insegurança jurídica no cenário jurídico nacional.

3.2 Crítica ao argumento de mutação constitucional

Superadas as críticas anteriores, outro fundamento manejado e que merece atenção foi a suposta configuração de mutação constitucional diante da alteração de

entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena.

Quando se fala em mutação se faz necessário contextualizar o fato de que a sociedade está em constante transformação, seja pelas próprias relações pessoais, profissionais, tecnológicas, científica e outras tantas outras possibilidades. Os padrões comportamentais vêm ganhando outros contornos e as necessidades, outras dimensões.

Com essa notória fluidez do mundo contemporâneo, todos os setores aos quais estamos inseridos, por exemplo política e economia, precisam se adequarem ao modelo ora vivenciado, sob pena de se tornar obsoleto e, por consequência, inutilizável. Veja, o cenário político precisa ser “reinventado” de modo a possibilitar a tutela e a inclusão daqueles que até então passavam despercebidos, isto é, grupos que estavam sob o manto da invisibilidade quanto o assunto eram políticas públicas específicas, tais como, questões envolvendo acessibilidade para pessoas com deficiência ou mesmo políticas de proteção e inclusão LGBT.

Com o Direito não poderia ser diferente. Diante da reconfiguração dos arranjos sociais e das novas necessidades de tutela jurisdicional, o Direito precisa evoluir e acompanhar essa dinâmica, sob pena, assim como os outros âmbitos estatais, de não cumprir sua finalidade e deixar o cidadão à mercê do que era legitimamente pretendido.

Todavia, como, efetivamente, conseguir abarcar essa imensidão de possibilidades dentro das limitações que o poder público tem, mais precisamente, o Poder Judiciário? Existe todo um processo burocrático que rege as relações entre Estado e Cidadão, melhor exemplificando, quando o indivíduo aciona o judiciário em busca da resolução de uma lide, todos os envolvidos são, necessariamente, regidos por um complexo conjunto de normas e procedimentos que demandam investimento de tempo e recursos financeiros. Ainda, quando se investe todos os recursos necessários e mesmo assim inexistente dispositivo legal que albergue a tutela pretendida?

Ora, isso é plenamente possível. As relações acontecem com uma velocidade e dinamismo que os poderes públicos não conseguem competir de forma igualitária, uma vez ser impossível prever e positivar todas as necessidades de um dado momento e produzirem seus efeitos *ad eternum* com total similaridade com períodos

posteriores. E, por óbvio, assim seria com a elaboração da Constituição Federal, isto porque, ao ser editada, não poderia refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna, pois elas derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico¹⁸⁴ e “daí englobarem compromissos antagônicos, vontades e suscetibilidades de variadíssima gama, o que não permite ao legislador prever todas as possíveis combinações de casos concretos, que a experiência cotidiana possa proporcionar”.¹⁸⁵

Quando se elabora uma Constituição, ela, normalmente tem como função a estruturação do Estado e criar princípios e normas de direitos fundamentais e que não podem ser violados, ao contrário disso, devem ser protegidos contra sua possível violação pelo legislador.¹⁸⁶

Jorge Reis Novais ensina que a Constituição tem dois fins principais: albergar direitos fundamentais e instituir a separação de poderes. Para ele, a separação de poderes consiste na repartição dos poderes por vários órgãos e a fixação constitucional, designando competências, regras formais e orgânicas do exercício do poder político. E traz o objetivo principal de qualquer Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e os poderes públicos.¹⁸⁷

Observando de forma percuciente a vida constitucional dos Estados, é notável que as Constituições sofrem mudanças além daquelas previstas formalmente. Isto quer dizer que os preceitos constitucionais previstos vão se modificando com o passar do tempo a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade. Aqui se revela que o caráter dinâmico da ordem jurídica propicia uma nova realidade normativa, na qual as Constituições assumem

¹⁸⁴ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. In Revista de Informação Legislativa Brasília. Ano 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 31;

¹⁸⁵ BULOS, ...op. cit p. 31-32

¹⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37-38. “*La constitución democrática contiene, por ello y en primer lugar, los principios fundamentales que caracterizan ese régimen político y le dan una precisa identidad en el plano histórico-constitucional. Se crean así las condiciones para que las constituciones se sitúen, de manera clara, por encima de la ley ordinaria del parlamento, con una fuerza desconocida en la precedente época liberal. En efecto, la constitución contiene ahora esos principios que nadie puede violar, ni siquiera el legislador, porque violar esos principios significaría atacar la misma identidad de esa comunidad política concreta. Y entre esos principios se encuentra, sin duda, el de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, considerados como tales por las constituciones y que por tanto deben ser tutelados mediante el control de constitucionalidad incluso contra su posible violación por parte del legislador*”

¹⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos. p. 22

significados novos, com características de renovação que busca soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.¹⁸⁸

É nessa perspectiva que se trabalha a mutação constitucional: mudança informal do texto da Lei Maior por intermédio de interpretações e leituras construídas no decorrer do tempo, sendo esse fenômeno estudado como uma constante na vida dos Estados uma vez que as constituições são como *organismos vivos* que acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, modificando-se a substância, o significado, o alcance e o sentido de seus dispositivos. Assim, denomina-se mutação constitucional como processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da carta, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais.¹⁸⁹

Jellinek define como mutação da Constituição uma mudança informal na Lei Maior, isto é, uma modificação que deixa o texto intacto sem formalmente mudá-lo, o que é produzido por eventos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.¹⁹⁰ Ingo Sarlet também entende a problemática da assim chamada mutação constitucional como a “possibilidade de mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, isto é, sem que seja alterado o texto da Constituição”¹⁹¹.

No mesmo sentido, Garcia-Pelayo elucida que as transformações constitucionais ocorrem inclusive em constituições rígidas, como no caso da brasileira, posto que as mutações não alteram o texto, o que por óbvio, só seria possível através dos meios legalmente previstos, como por exemplo, as emendas. O autor também

¹⁸⁸ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. In Revista de Informação Legislativa Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 25

¹⁸⁹ BULOS, ...op. cit p. 27;

¹⁹⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7. “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 155;

pontifica que a transformação está estreitamente vinculada à própria essência da constituição.¹⁹²

Em termos predominantes, a justificativa que mais encontra guarida na doutrina é no sentido de que a mutação constitucional está atrelada à necessidade de atualização da Constituição, de modo a evitar que o documento jurídico-político se torne engessado e destoante da realidade social¹⁹³:

As constitucionais nada mais são do que o resultado de processos interpretativos nos quais se verificam a alteração do sentido da norma constitucional em razão de mudanças ocorridas sobre os fatos relacionados ao seu âmbito de concretização, sugere-se a adoção de uma postura hermenêutica capaz de permitir que a atualização da Constituição ocorra sem o abandono da legitimidade democrática que fundamenta o Estado Democrático de Direito.¹⁹⁴

Tece-se, então, a ideia de que o direito não deve ser criado hermeticamente fechado e distante do corpo social. Ao contrário, o ordenamento jurídico tem seu fundamento de validade na multiplicidade dos arranjos e anseios sociais, principalmente quando diz respeito à Constituição, o que torna indispensável a adequação do conteúdo das normas constitucionais aos contornos da sociedade que constitui.¹⁹⁵

Isto ocorre porque uma Constituição é um organismo vivo, aonde se encontra a autoconsciência de um povo que se encontra assentado em território definido, submetido a um governo soberano, em uma determinada época histórica, sujeita a fatores sociais, religiosos, econômicos e políticos que se alteram no decorrer do tempo¹⁹⁶, é o que Waluchow designa como *árvore viva*:

Por sua natureza, uma Carta é "uma árvore viva capaz de crescer e expandir dentro de seus limites naturais". É um instrumento que deve, dentro dos limites inerentes à sua natureza como parte de uma constituição, ser

¹⁹² GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951. p.126. *"Hemos visto las razones y las vías de las transformaciones constitucionales incluso en aquellos casos en que se trata de constituciones rígidas. Es, pues, claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación de la misma, y hemos visto, en fin, que la transformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución"*.

¹⁹³ SACCHETTO, ...op. cit p. 130;

¹⁹⁴ SACCHETTO, ...op. cit p.. 125;

¹⁹⁵ ROCHA, Karen Karolyna Silva; MARÓN, Manuel Fondevila. A mutação constitucional como mecanismo de adaptação da constituição brasileira à realidade política e social. in Revista Brasileira de Teoria e Constituição: Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 1063 - 1084 | Jul/Dez. 2016. p. 1065

¹⁹⁶ BULOS, ...op. cit p.. 42

autorizado a crescer e se adaptar às novas circunstâncias contemporâneas e às crenças em evolução sobre a justiça.¹⁹⁷

Vista sob essa perspectiva, a mutação constitucional guarda relação com a concepção de que a constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social e que não se exaure por meio de fórmulas fixas e predeterminadas¹⁹⁸, se revelando legítima e completamente inafastável, pois os dispositivos constitucionais devem estar intimamente relacionados com os anseios da população – leia-se poder constituinte – uma vez ser essa a razão de ser da Carta Maior.

A Constituição Federal do Brasil data de 1988 e, apesar de ser recente, muitas coisas mudaram de trinta anos para cá e, para manter a equação equilibrada, alterações formais e informais aconteceram. À título de elucidação, a CF/88 conta, atualmente com 99 emendas conforme informação do Site do Planalto¹⁹⁹. Importa salientar que o presente artigo não cumpre o papel de estudar as emendas constitucionais e como tem se dado seu uso, apenas referencia-se para demonstrar que as alterações ocorrem no tempo, seja porque no momento da promulgação o poder constituinte foi falho em determinada matéria ou mesmo pela própria necessidade de readequação diante da realidade, de modo que a estabilidade constitucional não significa inalterabilidade, porquanto o dinamismo da realidade social, com situações e exigências sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais aos ditames da vida.²⁰⁰

Portanto, a transformação constitucional por meio de emendas se dá de forma legalmente prevista, já a mutação pode ocorrer pela interpretação e construção judicial; pelos usos e costumes; pelas complementações legislativas; pelas práticas governamentais, legislativas e judiciárias e até mesmo a influência dos grupos de pressão.²⁰¹

¹⁹⁷ WALUCHOW, Wil. *Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends*. Canadian Journal of Law and Jurisprudence. CITED: (2005) 18 Can. J.L. & Juris. 207 – 247 “By its nature, a Charter is “a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.” It is an instrument which must, within limits inherent in its nature as part of a constitution, be allowed to grow and adapt to new contemporary circumstances and evolving beliefs about justice”

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156;

¹⁹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em 07/09/2018;

²⁰⁰ BULOS, ...op. cit p. 34;

²⁰¹ BULOS, ...op. cit p.32

Quando se analisa a mutação constitucional operada via interpretação judicial, pode-se percebê-la como resultado de um processo - informal - de atualização da norma constitucional, que se aperfeiçoa mediante uma relação simultânea entre norma, fato e valor, por meio da qual a norma pode ou não adquirir novos sentidos, em um dado momento histórico, a partir do resultado de concretização concomitante destes três elementos do Direito.²⁰²

Nessa senda, ao exercer a jurisdição constitucional, o Poder Judiciário interpreta a Constituição e não se descarta a possibilidade de atribuir à letra novos sentidos, abordando conteúdos com outra visão, até mesmo mudando a real intenção dos comandos prescritos pelo legislador, mas sem afetar-lhes a forma.²⁰³

A questão chave da mutação constitucional pelo judiciário reside na utilização e aplicação do conceito pelo Supremo Tribunal Federal em julgados nos quais, supostamente, foi identificada a ocorrência do fenômeno, sendo possível constatar-se que a mutação constitucional tem sido evocada pela Corte brasileira sem a existência de um parâmetro científico-dogmático que permita determinarem-se quais são os traços individualizantes deste instituto.²⁰⁴

Olhando a mutação constitucional de acordo com os conceitos ora trazidos, verifica-se que alguns ministros do STF lançaram mão do referido fenômeno como resultado de um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos e que podem efetivamente ser emolduradas na tipologia das mutações²⁰⁵, todavia, quando inexiste um critério forte que venha distinguir qual a definição e quando se aperfeiçoa uma mutação constitucional, acaba-se vivenciando o atual cenário nacional: a construção de acepções diametralmente opostas, o que acaba eclipsando os traços marcantes da figura do Direito Constitucional²⁰⁶.

²⁰² SACCHETTO...op. cit p. 134;

²⁰³ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. In Revista de Informação Legislativa Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 33

²⁰⁴ FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 1ª. Edição. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 52-56. apud Sacchetto, Thiago Coelho. As Mutações Constitucionais No Contexto Brasileiro De Crise Da Representação Democrática. In *e-Pública* Vol. II No. 1, Janeiro 2015 (123-140)

²⁰⁵ SACCHETTO..op. cit p.127;

²⁰⁶ PEDRA, Adriano Sant'ana, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 106-111. apud Sacchetto, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. In *e-Pública* Vol. II No. 1, Janeiro 2015 (123-140)

Sacchetto, ao suscitar a ocorrência da mutação baseada na constatação de uma mudança ocorrida na realidade e que acaba sendo captada pelo labor hermenêutico, aponta a possibilidade do magistrado tentar atualizar a norma, às vezes pautada na realidade desejada ou não pelo povo, mas que acaba por contrariar o texto constitucional e os fundamentos do princípio da legalidade.²⁰⁷

Assim, o que se verifica é que a mutação constitucional é um fato real e indissociável da própria essência da constituição, a qual, no decorrer do tempo, vem se adequando para oferecer uma tutela adequada aos cidadãos, todavia, é preciso um olhar crítico quando lança-se mão desse artifício de maneira inadequada pelo judiciário: a um, pelo fato de não ter sido eleito democraticamente e, ao ultrapassar suas competências, acaba por ferir o princípio da separação de poderes; a dois, pela possibilidade de se evocar o princípio da mutação como instrumento balizador de um pensamento íntimo buscando a legitimação de aberrações jurídicas, como no caso da relativização de inocência que se passa a verificar.

A Constituição da República de 1988, elaborada logo após o período da ditadura militar, buscou assegurar os direitos individuais e sociais conforme um sistema democrático que defendesse os princípios relativos à dignidade humana em todos os âmbitos, mas, principalmente, se preocupou com a garantia de proteção a específicas normas para que não fossem modificadas.²⁰⁸

Com o intuito de se evitar o cometimento de novas perversidades como as ocorridas no período de 1964-1985 – período de intervenção militar em que os direitos civis e humanos foram praticamente extintos – o constituinte de 1988 criou as cláusulas pétreas²⁰⁹ dispostas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal, sendo elas a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

²⁰⁷ SACCHETTO, ...op. cit p. 136;

²⁰⁸ SALGADO, ...op. cit p. 3-4;

²⁰⁹ SARLET, MARINONI e MITIDIEIRO definem cláusulas pétreas como: “cláusulas pétreas” assume, desde logo, uma *dúplice função*, visto que protege os conteúdos que compõem a identidade (a essência) da Constituição, embora tal proteção tenha o condão apenas de assegurar esses conteúdos quanto aos seus elementos nucleares, não excluindo desenvolvimentos ou modificações, desde que preservem os princípios naqueles contidos.³⁵⁷ De acordo com a lição da doutrina majoritária, as “cláusulas pétreas” de uma constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios (e regras) neles plasmados, não podendo eles ser esvaziados por uma reforma constitucional.³⁵⁸ Nesse sentido, é possível sustentar que as “cláusulas pétreas” contêm, em regra, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais”. In ²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. *Daniel Curso de direito constitucional* – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152;

Vale dizer que a cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.²¹⁰

Um dos fundamentos outrora utilizado para dar suporte à possibilidade da execução provisória da pena é a ocorrência da mutação constitucional, a qual foi evocada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Veja, o Ministro, em um primeiro momento, utiliza em seu voto um excerto de sua obra como argumento de autoridade, no qual traz consigo que a mutação seria o instrumento para impulsionar a mudança da sociedade com a ideia de que o “bem, do justo e do ético” que variam com o tempo e isso precisaria ser ajustado, provavelmente pela atuação do judiciário.²¹¹

Para Barroso, a possibilidade da execução da pena somente após o trânsito em julgado trouxe três consequências negativas e que acabaram por legitimar a *mutação constitucional* com o intuito de alteração da interpretação: (i) incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; (ii) reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos; (iii) descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Ainda, o Ministro afirma que esses três fatores tornam evidente que não mais se justifica uma leitura extremada do princípio da presunção de inocência, sendo necessária uma interpretação o art. 5º, LVII, CF, mais condizente com a ordem constitucional e que, segundo ele o resultado justifica a mudança da norma, mesmo que para além dos limites semânticos:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. 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. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema

²¹⁰ MENDES, ...op. cit p.130;

²¹¹ Aqui se faz um adendo de que que atualizar/alterar a norma para busca do bem para sociedade é decisão política que busca garantir as consequências, sendo essa decisão então utilitarista. Outra coisa é reinterpretar, isso faz parte de qualquer trabalho com linguagem e lógico que linguagem e texto são atualizadas a partir da reinterpretação e do olhar do intérprete.

penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado²¹².

Ora, não há dúvidas que o sentimento de impunidade impera nos dias atuais, principalmente diante da dissipação de notícias veiculadas por telejornais e internet a respeito de crimes brutais praticados por menores de idade, crimes sexuais e os crimes de colarinho branco, como a lava-jato por exemplo. Ao transmitir esse tipo de conteúdo, a mídia se vale de termos ambíguos e tendenciosos como “apesar disso, responde em liberdade”, “foi posto em liberdade”, “não pode ser preso por ser menor de idade”, causando revolta popular e total descredibilidade do sistema jurídico brasileiro.

Por óbvio, com a facilidade de manifestação de pensamento que modernidade proporciona, a sociedade passou a se expressar com maior ênfase sua insatisfação com *jus puniendi* do estado, pedindo, por muitas vezes, maior rigor na punição, como aumento de pena, prisão perpétua ou até mesmo pena de morte.

Sob essa perspectiva, não há como negar que o Poder Judiciário é pressionado pela população que clama por uma reprimenda mais forte, todavia, apesar de tais fatos incontroversos, o problema reside na maneira em que se busca responder aos anseios sociais, uma vez que, se não buscar alinhar o discurso que ecoa nas ruas aos direitos instituídos constitucionalmente, estar-se-á retrocedendo²¹³, inclusive, quando se fala de em proteção às garantias fundamentais, Hirschl elucida:

A maior prova do triunfo da democracia em nossos tempos, argumenta-se, decorre da crescente aceitação e aplicação da ideia de que a democracia não é equivalente ao governo da maioria; que em uma democracia real (ou seja, uma democracia que subscreve o princípio da supremacia constitucional em vez de democracia governada predominantemente pelo princípio da soberania parlamentar, as minorias devem possuir proteções legais na forma de uma imutabilidade mesmo por um parlamento eleito. De acordo com essa visão, a presença de uma carta de direitos efetivamente aplicada, escrita e entrincheirada é a prova coroada do desenvolvimento constitucional de uma dada comunidade²¹⁴.

²¹² Inteiro teor do acórdão – HC 126.292. p. 35

²¹³ SANTOS, ...op. cit p. 48;

²¹⁴ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. p. 75-76: “The greatest proof of democracy’s triumph in our times, it is argued, stems from the increasing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not equivalent to majority rule; that in a real democracy (namely a democracy that subscribes to the constitutional supremacy principle rather than a democracy governed predominantly by the principle of parliamentary sovereignty), minorities should possess legal protections in the form of a written constitution unchangeable even by an elected parliament. According

Assim, importante pontificar que a manifestação da opinião pública – insatisfação dos cidadão, ora poder constituinte originário, que possivelmente legitimaria uma alteração constitucional - acaba sendo influenciado pela atuação da mídia, uma vez que “os meios de comunicação de massa baseia-se na exploração da insegurança, gerando e manipulando o medo que assola os cidadãos, os quais sentem que seus bens mais caros estão ameaçados”²¹⁵.

É sob o pretexto de conter a criminalidade que o Estado tenta transmitir uma falsa segurança aos cidadãos através de medidas que contrariam princípios legitimados pela ideia democrática²¹⁶, de modo que a repulsa ao princípio da presunção de inocência mergulha suas raízes em uma visão antagônica aos padrões do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional²¹⁷.

A possibilidade de relativização da presunção de inocência é contrária à posição do próprio STF no que diz respeito ao princípio da vedação ao retrocesso²¹⁸:

to this view, the presence of an effectively enforced, written, and entrenched bill of rights is the crowning proof of a given polity's constitutional development.”

²¹⁵ MATHIESEN, ...op. cit p. 283.

²¹⁶ Cf. voto do MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> ;

²¹⁷ Voto do MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

²¹⁸ Sobre vedação ao retrocesso, Ingo Sarlet entende que é “*garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte*” bem como “*questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º, da Constituição de 1988 - no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos esta terminologia) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional*”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 21. Março/abril/maio. Salvador: 2010. p. 12;

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contrarrevolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo²¹⁹.

Ora, admitir a execução provisória da pena fere os limites constitucionalmente impostos contra o Estado no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.²²⁰

Assim, qualquer tentativa de mitigação de direito fundamental, principalmente, no que tange à possibilidade da execução provisória da pena, será irreversível, pois não se trata de constrição de bens como se tem na seara cível, mas, sim, de medida que atinge o campo da liberdade de ir e vir, sendo impossível restituir o tempo despendido ao longo do encarceramento, tampouco, os sentimentos de "abalo psíquico do preso, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social"²²¹ suportados pelo acusado.

Apesar de toda essa manifestação e apelo público que, como dito, entende-se até plausível, o poder Judiciário não pode pautar sua atuação pelo clamor social, mas sim pelas leis existentes e vigentes em nosso ordenamento jurídico. O eco no tecido social não pode ser míope e mudar de acordo com as conveniências de cada composição que a nossa Suprema Corte venha a ter.

Assim, no que diz respeito aos limites à mutação constitucional, a questão que se suscita é até que ponto o Estado constitucional pode tolerá-las sem que se destrua a lógica e a racionalidade interna do sistema. Veja, o conflito se situa entre norma e realidade e, para evitar o aniquilamento da força normativa da Constituição, se revela imprescindível o reconhecimento de limites às mutações, os quais podem ser encontrados nos próprios princípios constitucionais, como os direitos e garantias individuais.²²²

²¹⁹ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em 10/08/2018;

Voto do MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

²²¹ KUMODE, Priscilla Miwa. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP. Curitiba: 2016. p 36;

²²² ROCHA, ...op. cit p. 1077

É preciso ter em mente que apesar da possibilidade de se alterar a Constituição, seja formal ou informalmente, com o intuito de que haja uma relação de familiaridade e de acompanhamento às mudanças de comportamento da sociedade, não significa dizer que se autoriza um rompimento brusco com a própria essência da Carta Maior, até porque quem deve alterar a Constituição é o Poder Constituinte que não é o Poder Judiciário.

O que se faz necessário elucidar é que a hierarquia normativa e a rigidez constitucional não são institutos que buscam uma simples estabilização social, ao contrário, são orientados para a preservação de valores estimados como fundamentais e que, por isso, adquirem status jurídico privilegiado no ordenamento normativo. Assim, as cláusulas pétreas podem ser vistas, como limites à mutação constitucional, em especial, em sua modalidade silenciosa²²³.

Se revela necessário criar a consciência de que estar sob o manto da legalidade não significa dizer que existem entraves nas relações interpessoais ou mesmo com o próprio Estado, ao contrário, “a Constituição serve para limitar, controlar e vigiar os governantes e, dessa forma, garantir a liberdade dos governados”²²⁴, isto é, protege os cidadãos e eventuais arbitrariedades estatais:

a Constituição é atribuído, não apenas um valor moral, político, simbólico, enquanto conjunto de princípios éticos e de justiça em que a sociedade se revê, mas, sobretudo, e essa a outra notável razão do sucesso da ideia de Constituição, a Constituição é Direito, é norma jurídica vinculativa, é lei, é a lei fundamental que regula o funcionamento dos órgãos do Estado e dos poderes públicos e que, acima de tudo, lhes impõe todo um conjunto de deveres relativos à garantia dos direitos constitucionais²²⁵.

Sob o enfoque de alterar o entendimento a respeito da possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que se pode verificar é que o uso equivocado da hermenêutica e da própria alusão à mutação constitucional se releva completamente dissonante dos princípios e limites erigidos constitucionalmente.

Quando se faz alusão à atual necessidade social para poder relativizar um direito fundamental – direito à liberdade – se está materializando uma mutação

²²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 83

²²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos. p. 22

²²⁵ NOVAIS, ...op. cit p. 26

inconstitucional e o pior, isso é feito por quem teria o dever de proteger e garantir a aplicação das normas e princípios constitucionais. A utilização de fundamentos como “excesso de recursos” e “descrédito no judiciário” são fracos e não têm autoridade para embasar a possibilidade de executar provisoriamente uma pena, pois se valer de argumentos utilitaristas/consequencialistas em prol do bem da sociedade é inócuo, vez que não existem condições de fazer a análise política dos resultados de sua decisão

Assim, como ressaltado, os limites “dizem respeito à defesa da supremacia da Constituição que não pode ser modificada silenciosamente por interpretações que desequilibram a balança da normatividade e facticidade em favor desta última”²²⁶. Além disso, as alterações informais no cerne do sistema constitucional também serão limitadas pelas cláusulas pétreas, sendo certo que a não observação de tais limites configuram uma ruptura institucional ou uma violação constitucional²²⁷.

É com base nessas premissas que se conclui a proposição da limitação da mutação constitucional: o limite reside no respeito à própria essência da constituição, qual seja, a estruturação dos poderes – cuidado por parte do Judiciário para não se imiscuir nas funções legislativas – e na preservação dos direitos e garantias fundamentais, sendo vedada qualquer proposição ilegítima que vise suprimir direitos dos cidadãos frente ao próprio poder estatal.

Relativizar o direito de o cidadão ser presumido inocente até que a sentença transite em julgado em nome do fim da impunidade significa tentar remediar um problema institucional – falta de boa prestação de serviço público – causando um problema constitucional e, tais manobras devem ser completamente afastadas, prezando pelo Estado Democrático de Direito.

A mutação é um fato real, mas que deve ser usada com moderação e respeito aos princípios erigidos constitucionalmente, caso contrário, significa um rompimento ao Estado Democrático de Direito, o qual tem o condão de garantir e aplicar os direitos humanos e garantias fundamentais por meio da proteção jurídica adequada, aqui, se consubstanciando na proteção à liberdade do cidadão.

²²⁶ ROCHA, ...op. cit p. 1078-1079

²²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 7(2):136-146, maio-agosto 2015. p. 141;

3.3 Julgamento das ADCs 43, 44 e 54 e o novo posicionamento da suprema corte

3.3.1 Sobre o que tratam as ADCs 43,44 e 54

Diante da reviravolta jurisprudencial e da grande instabilidade decisória que causou a Suprema Corte – decisões essas eivadas de argumentos consequentialistas e de política, bem como, com inúmeros equívocos na utilização de argumentos jurídicos, tal como uma mutação *inconstitucional* - foram propostas três Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as quais buscavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, isto é, tiveram por objeto assegurar a validade de um preceito constitucional no tocante a discussão sobre a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância.

A ADC 43 foi proposta pelo PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL – PEN, em 19.5.2016, objetivando a) a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; b) subsidiariamente, a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”, (i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” que vigora no sistema prisional brasileiro; ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF n. 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal; c) subsidiariamente, a realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para se determinar que, enquanto perdurar o “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da decisão penal condenatória de 2º Grau, não se promova a prisão do condenado, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; d) subsidiariamente, a determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade - cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância – produza somente efeitos ex nunc, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nº 126.292; e) subsidiariamente, caso sejam conferidos efeitos repristinatórios à eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637

do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à impugnação de decisões que impõem pena de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (637 do Código de Processo Penal) para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o autor da ADC 43, a necessidade de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal exsurge da controvérsia instaurada em razão da decisão proferida recentemente por esse e. Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, na qual, por maioria, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pretendida, considerando válido, naquele caso, o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, alterando jurisprudência consolidada no âmbito da Corte. Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no art. 283 do CPP – o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão –, ficando demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória.

A ADC 44 foi proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, em 20.5.2016, também teve como objeto o artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/11, relativo ao alcance e âmbito de incidência dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa.

O CFOAB trouxe em seus argumentos que o acórdão do *Habeas Corpus* 126.292/SP foi silente no tocante ao disposto no art. 283 do Código de Processo Penal e, por consequência, para que os tribunais simplesmente deixassem de aplicar tal norma, deveria ser arguido o incidente de inconstitucionalidade, conforme dispõe o novo Código de Processo Civil em seu art. 949, parágrafo único. Além disso, seria necessário declarar inconstitucional os arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem o trânsito em julgado da sentença condenatória como pressuposto, exigência, condição de legitimação da execução das penas privativa de liberdade e restritiva de direito.

Assim, provoca o autor da ADC 44: poderia o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional um dispositivo legal que reproduz o próprio texto constitucional a ser por ele guardado?

Ainda, arguiu-se na referida ADC 44 que Suprema Corte alterou o texto constitucional ao criar um novo sentido para a expressão “trânsito em julgado”, ultrapassando os limites semânticos do texto constitucional e esvaziou seu sentido originário.

Por sua vez, a ADC 54, proposta pelo PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL na data de 18.4.2018, na mesma toada das ADCs 43 e 44, tem como ponto fundamental a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que dão conteúdo ao princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com PCdoB, é incontestável que presente na Constituição norma que proíba a presunção de culpa, disso decorre que nenhuma medida processual pode afetar a situação jurídica do acusado para torná-lo ou admiti-lo como culpado antes do marco do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nessa perspectiva, verifica-se que as ADCS 43, 44 e 54 foram propostas com o mesmo intuito: ver declarado constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, vez que o referido dispositivo reconstitui o teor do conteúdo constitucional, a saber: Art. 5º, LVII, CF- *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*; Art. 283, CPP - *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.

3.3.2 Principais votos e argumentos no julgamento das ADCs 43, 44 E 54

3.3.2.1 Voto da ministra Rosa Weber

Aduz a Ministra Rosa Weber em seu voto que optou o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como utilizou fixação de marco temporal expresso ao definir como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Esclarece a Ministra que com a Lei nº 12.403/2011 foi dada nova redação ao art. 283 do CPP, justamente para conformar a regência normativa das hipóteses de prisão positivadas na legislação processual penal à observância da presunção de inocência assegurada na Constituição da República. Assim, na dicção do art. 283 do CPP, em sua redação atual, a prisão somente pode ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) em flagrante delito; (ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou (iii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Nesse voto, tenta a ministra, inicialmente, justificar seu posicionamento um tanto quanto contraditório – se não incompreensível – no tocante ao julgamento do habeas corpus 152.752/PR afirmando que sua postura de votar de forma contrária ao seu entendimento se deu com intuito de manter a jurisprudência da Corte, no sentido de que a segurança jurídica consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados.

Justifica ainda que sua postura foi a de acatar o entendimento sedimentado pelo Plenário, vale dizer, a de decidir em conformidade com a jurisprudência do STF, em atenção ao dever de equidade que há de nortear a prestação jurisdicional – (*treat like cases alike*) –, e em respeito ao princípio da colegialidade e em respeito ainda à impessoalidade e à eficácia das decisões da Corte em processos de índole objetiva.

Depois de algumas digressões *justificadoras*, a Ministra Rosa Weber esclarece que o art. 5º, LVII, da CF enfeixa não só o princípio da presunção de inocência, mas também traz consigo uma regra propriamente, pois trata-se da regra expressa de fixar o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, isto é, a culpa supõe o trânsito em julgado.

Assim, ainda que se pretendesse relativizar a densidade normativa do art. 5º, LVII, da CF, despindo-o da sua literalidade, não seria possível identificar, no art. 283 do CPP, qualquer ofensa a este ou a qualquer outro preceito constitucional, razão pela qual julgou procedentes as ações declaratórias para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.

3.3.2.2 Voto do ministro Luís Roberto Barroso

O ministro iniciou seu voto sob o argumento que o sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente, de modo que a possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal - mais uma vez trazendo argumentos de política, argumentos consequencialistas e não argumentos de princípio - afirmou que ao se permitir que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos, querendo corrigir a norma por meio de argumentos de viés político.

O Ministro se valeu dos mesmos argumentos metajurídicos e de política já utilizados em outras oportunidades, tais como, o tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, ou ainda, o irrisório percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu. Asseverou também que há incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; reforçou a seletividade do sistema penal; agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Quando o Ministro busca utilizar fundamentação jurídica, passa a afirmar que a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para ele, o pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Aduz Barroso que enquanto o inciso LVII da CF define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, logo, a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

Continua em seu voto sugerindo que a Constituição não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal norma define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Para ele, é o inciso LXI que trata da prisão e este,

diferentemente do anterior, não exige o trânsito em julgado para fins de privação de liberdade, mas, sim, determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Nesse sentido, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Para o Ministro, a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão, não havendo que se falar que o art. 283 do CPP apenas “espelha” o disposto no texto constitucional e, por isso, não poderia ser questionado.

Já sob outro viés argumentativo, para Barroso, ao contrário do que alega a Ministra Rosa Weber, a presunção de inocência é princípio e não regra e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso em questão, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e já sendo realizada a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Barroso retoma seu voto a partir de argumentos consequentialistas afirmando que ao permitir o enorme distanciamento temporal entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade, pois muitas vezes a ação é atingida pela prescrição. Diante disso, para ele, se justificaria o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade pois é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça e, diante essa ponderação decorre que, uma vez proferida a decisão condenatória de segundo grau, deve se iniciar o cumprimento da pena.

Para finalizar seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso aduz que o Supremo Tribunal Federal *deve mudar a história, em que o crime compensa, os bandidos perseguem os mocinhos e o mal vence no final. E restabelecer, nas pessoas em geral, a crença de que vale a pena ser honesto, agir de boa-fé. E restabelecer a primazia dos bons sobre os espertos.* Concluiu que o Supremo em boa hora mudou para melhor a jurisprudência pois foi a partir daí que começaram a melhorar o país, uma vez que o cometimento de crimes passou a oferecer mais riscos, diminuindo os incentivos da alta criminalidade, dos desvios graúdos de dinheiros públicos.

Sendo esses os principais argumentos, votou no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa.

3.3.2.3 Voto do ministro Marco Aurélio (relator)

De acordo com o Ministro Relator, a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior, de modo que a Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, não havendo campo pra controvérsias semânticas.

Afirma ser lamentável o quadro no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que o STF dela se afastou ao manejar argumentos metajurídicos a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pela Corte. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito.

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

A harmonia, com a Constituição de 1988, do artigo 283 do Código de Processo Penal é completa, considerado o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior.

Nessa perspectiva, julgou procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

3.3.3 Panorama geral do julgamento das ações diretas de constitucionalidade

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, julgou procedentes pedidos formulados em ações declaratórias de constitucionalidade para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.²²⁸

Além dos votos emblemáticos acima transcritos, imperioso destacar, de forma geral, o posicionamento e fundamentos dos demais ministros.

O ministro Ricardo Lewandowski pontuou que a presunção de inocência integra a cláusula pétrea alusiva aos direitos e garantias individuais que representa a mais importante das salvaguardas do cidadão. Segundo o ministro, é vedado até mesmo aos legisladores, ainda que no exercício do poder constituinte derivado, extinguir ou minimizar a presunção de inocência por estarem diante de uma cláusula pétrea, com maior razão não é dado ao Poder Judiciário fazê-lo por meio da estreita via da interpretação.

O ministro Gilmar Mendes destacou que, nos últimos anos, o Código de Processo Penal sofreu alterações, com o objetivo de se adequar à Constituição Federal de 1988, sendo a execução penal antes do trânsito em julgado não incompatível com a CF. Esse postulado, para ele, tem a feição de garantia do réu. Ressalta que a problemática da prescrição, ademais, pode ser solucionada a depender de medidas administrativas tomadas pelos tribunais. Desse modo, é preciso tornar o sistema mais eficiente; e não promover a ablação de uma norma constitucional. Frisou que o combate a qualquer tipo de criminalidade deve sempre ser feito dentro dos limites da Constituição e da lei.

O ministro Celso de Mello afirmou que a presunção de inocência se qualifica como direito público subjetivo, de caráter fundamental, expressamente contemplado na CF; o estado de inocência cessa com o efetivo trânsito em julgado da condenação criminal, não podendo existir a antecipação ficta da coisa julgada. Fundamentou que o reconhecimento da possibilidade de execução provisória da condenação criminal

²²⁸ Cf. Informativo 957, STF < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo957.htm> >

recorrível, além de inconstitucional, também transgride e ofende a legislação ordinária (LEP, arts. 105 e 147; CPPM, arts. 592, 594 e 604; CP, art. 50; LEP, art. 164);

O ministro Dias Toffoli demonstrou que a morosidade da justiça tem relação com erros, omissões e abusos cometidos em diversas fases, processuais e pré-processuais, e não se pode imputar esse fenômeno exclusivamente ao intervalo entre a condenação em segundo grau e o trânsito em julgado, que tem um papel residual nesses números. Além disso, existem mecanismos processuais à disposição das partes e do juiz, que podem ser aplicados para que se evite a superveniência da prescrição. Registrou, ainda, o elevado e crescente número de presos no país cujo decreto prisional não está fundado em decisão condenatória transitada em julgado. Assim, cabe ao Legislativo dispor sobre a temática de maneira diversa da que está no art. 283 do CPP, desde que o faça em respeito ao postulado da presunção de inocência.

Vencidos os ministros Edson Fachin, que julgou improcedentes os pedidos formulados; e os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia, que julgaram os pedidos parcialmente procedentes, no sentido de dar interpretação conforme ao art. 283 do CPP. Admitiram a execução da pena após decisão em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário.

4 CONCLUSÃO

A jurisdição brasileira tem passado por alguns percalços nos últimos tempos. O que se denota é que a Suprema Corte enfrenta uma crise de identidade, tanto institucional quanto em suas razões de decidir.

Quando se falar em crise institucional, necessário pontuar o que fora abordado no capítulo 2, na qual a insegurança ora percebida tem se manifestado de diversas maneiras. A primeira delas foi a ausência de agenda pré-determinada, pois, com ela, seria possível estabelecer de forma antecipada o que seria apreciado pelo STF durante o ano, como ocorre na Suprema Corte Americana ou em qualquer órgão minimamente organizado. Estabelecer a pauta de julgamento nos termos que ora vem se presenciando tem dado grande margem discricionária aos julgadores, tanto do relator, que é quem libera os autos para julgamento, quanto pelo presidente tendo em vista a sua competência prevista para incluir ou não em pauta. Quanto ao poder de agenda, é preciso ter em mente que, por se tratar de competência administrativa do STF, ele é regido pelos princípios de regentes do Direito Administrativo (tais como os da legalidade, finalidade, moralidade e eficiência).

Com toda essa possibilidade de modulação do timing de julgamento, tem-se como uma das consequências a prolação de decisões inadequadas e consequencialistas, em um momento tentando agradar a uns, em outro a outros, o que resulta em uma grave crise de identidade.

A atividade jurisdicional deve estabilizar as expectativas, trazendo a previsibilidade e a segurança jurídica aos jurisdicionados no intuito de preservar a estruturação constitucionalmente posta do Estado brasileiro e de buscar a proteção dos direitos constitucionalmente previstos.

Já em relação à instabilidade nas razões de decidir, o Supremo Tribunal Federal teve oscilações extremas no tocante à possibilidade ou impossibilidade de se autorizar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como aludido no decorrer do estudo, no ano de 2009, o STF entendeu pela ilegalidade da execução provisória da pena, de modo, inclusive, a propiciar a alteração do art. 283 do CPP, no ano de 2012, para o mesmo estar em consonância com a

Constituição Federal, isto é, autorizar a execução da pena apenas e tão somente após o trânsito em julgado da sentença.

Em 2016, por algum motivo que até hoje não se sabe ao certo, houve alteração de tal posicionamento para então passar a autorizar a execução provisória da pena. Tal mudança, frisa-se, se deu pelo julgamento de um habeas corpus. A partir de então, iniciou-se uma grande discussão: pode ou não pode?

A discussão, por óbvio, ultrapassou o cenário jurídico e tomou corpo pelas ruas. Cidadãos *leigos* começaram a discutir o tema, principalmente quando veio à tona o julgamento do habeas corpus do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Pessoas com expectativas de ver *a justiça sendo feita*, tendo ainda mais os ânimos aflorados pela espetacularização do julgamento televisionado pelo STF.

Todo esse cenário proporcionou um desequilíbrio sistêmico. Os ministros começaram a decidir de forma incompatível com seus próprios votos entre um julgamento e outro. Fundamentos absolutamente fora da seara jurídica começaram a ser utilizados numa espécie de populismo judicial ou *ministrocracia*, buscando aprovação da sociedade, quando, na verdade, a Corte deveria manter sua função contramajoritária, amarrando-se ao lastro da Constituição, mas alguns foram seduzidos pelo canto da sereia que ecoava nas ruas.

Argumentos como seletividade penal; recursos protelatórios; descrédito da população; insegurança pública; alta criminalidade até podem ser ouvidos e levados em consideração, mas na órbita *política*, vez que são fundamentos de *política*. É dever do executivo proporcionar segurança pública. É dever do legislativo, eventualmente, rever o sistema recursal. O Supremo Tribunal Federal deve fundamentar suas decisões em argumentos éticos e de princípio. Caso contrário, inexistente força gravitacional dos seus precedentes e tais precedentes passam a ser *não vinculantes*.

As decisões devem ser tomadas levando em consideração ao que já foi decidido, ao que se está decidindo e ao que poderá vir a ser decidido no futuro, como um romance. É preciso ter integridade e coerência, principalmente quando se fala de direitos tão caros ao cidadão, como a liberdade.

Por fim, depois de todo esse *romance* ou *novela*, o STF decidiu pautar – aqui entra a questão da falta de agenda e da modulação do *timing decisório* – o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, as quais buscavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal – artigo esse que teve alteração em 2012 para ter

idêntica redação à Constituição Federal em seu art. 5º, LVII – e então ser considerado regra, cuja aplicação passaria para o campo do tudo ou nada.²²⁹

O STF, depois de retardar a inclusão em pauta, finalmente, julgou procedentes os pedidos formulados em ações declaratórias de constitucionalidade para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, prezando pelas garantias constitucionais e pelo Estado Democrático de Direito.

²²⁹ Aqui, frisa-se o entendimento acampado por Vírgilio Afonso da Silva, o qual defende que o princípio constitucional se torna regra quando aplicado em um caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Paulo César Amorim. **O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Escola de Formação, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia – O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, V. 37, n. 01, p. 13-32, Jan.–Abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** - 3. ed. revi, atual e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro** [recurso eletrônico] – Dados eletrônicos. – Brasília: TJDF, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. In **Teoria Jurídica Contemporânea** 1:2-1, julho-dezembro, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Org. André Coelho; Saulo de Matos; Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. In **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional** | Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law** – 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. In **Revista Direito GV, São Paulo**. 8(1) | P. 059-086 | JAN-JUN 2012.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; RIZZARDI, Maíra Martinelli. O Supremo Tribunal Federal e a argumentação consequencialista. In **Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas** – Ano XV– Nº 24, p. 101-122 – Maio 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. **Dos delitos e das penas**; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

BOGOSSIAN, Andre; ALMEIDA, Danilo dos Santos de. É possível falar em precedente “do Supremo”? In **Onze supremos: o supremo em 2016**. Organizadores:

Joaquim Falcão; Diego Wernerck Arguelhes; Felipe Recondo. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV Rio, 2017.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. In **Revista de Informação Legislativa Brasília** a. 33 n. 129 jan./mar. 1996.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar - história da presunção de inocência no brasil (1948-2000)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: 2001.

CATENA, Víctor Moreno. Sobre o princípio da presunção de inocência. In **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 101-111, set./dez. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 7(2):136-146, maio-agosto 2015.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. In **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. V. 6, N. 3, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam**. Direito Público. Porto Alegre: 2004.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo**. In: / XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 177.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?* São Paulo: **Lua Nova**, 2013.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. In **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**. Curso de Direito - N. 17, JUL/DEZ 2014.

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

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. *Justiça aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de Justiça no caso concreto*. In Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 389-412, out./dez. 2017.

HIRSCHL, Ran. **The Political Origins of the New Constitutionalism**. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>

HOMERO. Odisséia. Trad. Manoel Odorico Mendes (1799-1864).

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. São Paulo: CEBRAP, **Novos Estudos**, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013.

KUMODE, Priscilla Miwa. **A presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**. Curitiba: 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 9º. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal** - Tomo I - Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto SRL, 2002.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. 2010.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? Tradução de Jamil Chade. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MUNIZ, Julio Cesar; TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. O Supremo Tribunal Federal, a presunção de inocência e o direito a uma resposta constitucionalmente adequada. In Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 18(34): 217-247, jan.-jun. 2018.

OLIVEIRA, Márcio Etiane Nogueira Almendros de. **Dworkin e o direito como integridade**. Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO. 'Belo Horizonte, 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda Suprema – Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. São Paulo: **Tempo Social**, 28(1), 2016.

PEREIRA, Saylon Alves. **Os pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010.

PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de inocência: núcleo essencial convencional. In **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre n. 83 maio 2017.

ROCHA, Karen Karolyna Silva; MARÓN, Manuel Fondevila. A mutação constitucional como mecanismo de adaptação da constituição brasileira à realidade política e social. in **Revista Brasileira de Teoria e Constituição**: Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1063 – 1084, Jul/Dez. 2016.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. In **e-Pública** Vol. II No. 1, Janeiro 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018.

SALGADO, Solyany Soares; SANTOS, Nathália Mirelle da Silva. **Considerações acerca da decisão do supremo tribunal federal sobre a relativização da presunção de inocência**. São Paulo: 2017.

SANTOS, Lucas Nascimento. **Justiça restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa**. 2013. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Daniel Curso de direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau. In **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 19, n. 8, p. 366 – 381, Jan./Abr. 2018.

VERBICARO, Loiane Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. In **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.5, n. 1, p. 103-132, maio, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2

WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends**. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. CITED: (2005) 18 Can. J.L. & Juris.