

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Faculdade de Direito da UnB, 15 de junho de 2016.

PARECER

CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: I. Objeto e delimitação da consulta. II. A presunção de inocência e a Modernidade no Direito. III. A presunção de inocência na ordem constitucional de 1988 e sua gradual e constante apreensão pelos intérpretes da constituição. IV. Argumentos de Política e Argumentos de Direito. V. Apontamentos hermenêutico sobre a recente guinada de entendimento do STF. VI. Breves Considerações sobre o uso da Estatística e do Direito Comparado. VII. Conclusão.

“Esta degeneração do processo penal é um dos sintomas mais graves da civilização em crise. [...]. Não o mais grave, mas certamente o mais visível é aquele que resguarda o respeito ao acusado.”¹

FRANCESCO CARNELUTTI

I. OBJETO E DELIMITAÇÃO DA CONSULTA

Honram-nos com a presente consulta, à qual respondemos graciosamente, tendo em vista a envergadura constitucional do tema, os eminentes advogados CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e GUILHERME CHAMUM AGUIAR, na condição de patronos do Partido Ecológico Nacional (PEN).

¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. 5^a Edição. Campinas, SP: Bookseller, 2001. P. 47.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Em 19.05.2016, o PEN foi responsável pelo ajuizamento da **Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 43**, ora em trâmite perante o egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do douto Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO. Na demanda, almeja-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), na redação dada pela Lei n. 12.403/2011, em face da recente guinada jurisprudencial operada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.692/SP.

Através do presente parecer, pretendemos fornecer um aporte teórico-constitucional no sentido da declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, que, na esteira do art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF), institui a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória – o qual, por sua vez, se mostra como o único marco temporal apto a ensejar o início do cumprimento da pena de prisão.

Mais especificamente, buscar-se-á demonstrar que a recente guinada jurisprudencial operada pelo Supremo Tribunal Federal vai de encontro aos requisitos hermenêuticos do paradigma do Estado Democrático de Direito, os quais exigem que a Suprema Corte, ao tomar decisões, retrabalhe construtivamente os princípios e regras constitucionais vigentes, satisfazendo a exigência de não se deixar seduzir por argumentos que, ao fim e ao cabo, são típicos da política, e que não podem ser invocados para afastar a força normativa de princípio constitucional (presunção de inocência) ou para mitiga-la com interpretação que inegavelmente flexibiliza direitos fundamentais secularmente garantidos.³

Não se pode admitir que, em plena égide do constitucionalismo democrático contemporâneo, direitos e garantias fundamentais sejam

³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coordenador), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

tratados como se políticas fossem. Não se pode admitir que as insatisfações advindas das ruas, da sociedade, sejam utilizadas como régua hermenêutica de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência a partir da invocação de objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como o combate à corrupção.

Dito de outra forma, é absolutamente inaceitável a invocação de razões abstratas contingentes, como a efetividade da jurisdição, para, a pretexto de se tentar garantir direitos, promover-se a efetiva aniquilação de garantias individuais constitucionalmente garantidas, como o estado de inocência que vige até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, LVII da Constituição.

Ao longo da petição de ingresso da ADC nº 43, o requerente optou por se aproximar da questão a partir da análise do papel constitucional do Poder Legislativo na edição da Lei n. 12.403/2011, que deu ao art. 283 do CPP a sua redação atual. Com fundamento nos desenvolvimentos teóricos do positivismo jurídico de HANS KELSEN⁴ e H. L. A. HART⁵, sustenta-se que o texto constitucional, dada a indeterminação semântica inerente à linguagem e a complexidade da vida social, se abre para múltiplas interpretações e potencialidades de sentido, cabendo ao Legislativo a tarefa de, no terreno da política, concretizar as diretrizes constitucionais através da edição de leis. Sem sombra de dúvidas, trata-se de abordagem bastante frutífera, na medida em que permite realçar o relevante papel de intérprete da Constituição que o Poder Legislativo desempenha no âmbito do Estado Democrático de Direito – sendo certo que o Judiciário, além de não ser, naturalmente, o único intérprete acreditado da Constituição, somente

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cap. 8.

⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 124-154.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

está autorizado a sobrepor a sua interpretação à do Legislativo quando for verificada uma quebra nos compromissos constitucionalmente assumidos.⁶

Parece-nos necessário, entretanto, radicalizar as premissas do argumento. Com efeito, a redação dada ao art. 283 do CPP pela Lei n. 12.403/2011 não é constitucional simplesmente por ser uma possível densificação da Constituição que não encontra óbices materiais e formais no texto constitucional. Em contribuição ao debate constitucional instaurado pela proposição da ADC nº 43, pretendemos avançar a posição de que a impossibilidade de cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrada na atual redação do art. 283 do CPP, exsurge como consequência direta e inafastável do direito fundamental expresso no art. 5º, LVII da Constituição, conforme se passa a discorrer.

II. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A MODERNIDADE NO DIREITO

A passagem da pré-modernidade para a modernidade pode ser compreendida como um processo que trouxe consigo, dentre outros preditivos, a progressiva diferenciação funcional de sistemas sociais e a invenção do indivíduo⁷.

Isso porque, na sociedade pré-moderna, não havia a dinâmica de integração social típica da modernidade, caracterizada pela instituição de direitos e garantias individuais. Ao contrário, havia a pura e simples atribuição de privilégios de *status* no bojo de sociedades essencialmente estratificadas e estamentais, nas quais as pessoas apareciam não como

⁶ A propósito, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedural da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1977.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Pg. 17.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

indivíduos, mas apenas como partes de um corpo social, de uma sociedade-organização⁸.

Nesse contexto, o Direito retirava sua validade de princípios metafísicos do jusnaturalismo determinado pela moralidade cristã, permanecendo, à semelhança das demais esferas da vida social, indiferenciado e determinado heteronomamente por fundamentos essencialmente político-religiosos.

O processo criminal pré-moderno, de feição essencialmente inquisitorial, era marcado por um dantesco conjunto de práticas que buscavam revelar, sem contraditório e ampla defesa, a suposta verdade real subjacente ao caso apreciado.

Em regra, através do encarceramento preventivo com incomunicabilidade do acusado, buscava-se apurar miticamente a culpa ou inocência do réu, quase sempre mediante duelos judiciários, juízos de Deus, ordálias ou quaisquer outros métodos caracterizados essencialmente pela violação física do acusado⁹, pela concentração das funções de acusar e de julgar, e, ao fim e ao cabo, pela própria antecipação da punição quando da apuração das acusações imputadas ao réu.

Com NIKLAS LUHMANN, afirmamos que a passagem da pré-modernidade para a modernidade representou uma “uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão”¹⁰.

⁸ NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pg. 8.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigar e punir*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011. P. 9-25.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: Rechthistorisches Journal. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).

Com efeito, não há uma explicação uniforme para o complexo alvorecer do mundo moderno, gestado por pelo menos três séculos de intensas alterações e micro revoluções nas mais diversas searas da vida social¹¹. Parte dessa paradigmática metamorfose se deu com o surgimento das práticas de investigação policial em detrimento da verdade miticamente revelada pela supremacia de uma moralidade cristã então prevalecente¹².

Ainda com NIKLAS LUHMANN, será possível dizer que a modernidade se completou, para o direito, apenas quando da invenção, pelos estadunidenses no final do século XVIII, da formalidade constitucional. A Constituição surge, assim, verdadeira aquisição evolutiva tardia, que marca a diferenciação funcional completa da política e do direito e passa a operar como acoplamento estrutural dos dois sistemas funcionais, agora diferenciados.

E tal sucede precisamente porque o direito passa a limitar a política, fazendo imperar os direitos fundamentais historicamente conquistados, bem como os processos de reprodução e exercício do poder por quem quer que seja¹³.

Importa dizer, para os fins da presente consulta, que a presunção de inocência, com o advento da Constituição formal, se cristaliza como garantia fundamental do acusado.

Tal direito já possuía suas raízes na *Magna Carta Libertatum*, de 1215, a qual, como se sabe, não pode ser vista como precursora das constituições modernas, mas, ao contrário, tão somente como um contrato, um instrumento particular, entre um rei e seus barões.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.

¹² ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Rio de Janeiro: Record, 2009. P. 317-325.

¹³ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia - Soberania e Poder Constituinte*. Revista DireitoGV, vol. 6, n. 1, 2010.

Isso não impede, todavia, que, a despeito da ausência do caráter revolucionário típico do constitucionalismo moderno, a Magna Carta não possa ser vista como um antecedente histórico dos modernos princípios da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. Isso porque, alguns de seus dispositivos serão ressignificados na releitura de que serão objeto na segunda metade do século XVI e início do XVII, passando-se a se entender, por exemplo, que tal documento sempre dispusera que ninguém poderia ser detido, preso, exilado de seus bens ou molestado de qualquer outra forma sem prévio julgamento, realizado de acordo com o direito já há muito vigente¹⁴.

Dessa forma, pode-se concluir, preliminarmente, que uma das características mais sobressalentes do direito moderno, principalmente a partir da formalização constitucional, é a consagração da presunção de inocência como um dos direitos básicos do indivíduo.

Indivíduo esse que passa a ser visto não mais como disponível fisicamente às vicissitudes inquisitoriais do processo penal pré-moderno, mas, ao contrário, como um sujeito de direitos, detentor de garantias processuais aptas a lhe conferir o direito de ser condenado apenas quando racionalmente provada a sua culpabilidade estrita, em procedimento no qual possa influir mediante o gozo do contraditório e da ampla defesa.

Radicalizando a presente reflexão, pode-se dizer, para além da clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações, sendo a presunção de inocência tradicionalmente classificada como direito individual de primeira geração, que tal garantia emerge não só como característica do paradigma constitucional do Estado Liberal, mas, com uma potência maior, como uma verdadeira pressuposição advinda (e, a

¹⁴ PAIXÃO, Cristiano. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Tese de doutorado. Programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

um só tempo, condicionante) da passagem da pré-modernidade para a modernidade no Direito.

Uma vez assentado que a presunção de inocência surge como conquista civilizatória no âmbito do constitucionalismo do moderno Estado de Direito, importa agora analisar de que forma a Ordem Constitucional de 1988 se apropriará de tal garantia fundamental.

III. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 E SUA GRADUAL E CONSTANTE APREENSÃO PELOS INTÉPRETES DA CONSTITUIÇÃO.

A Constituição de 1988, naturalmente, não é responsável pela introdução formal da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afinal de contas, já trazia expressamente, em seu art. 11, a formulação de que todo homem possui o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada na forma da lei. Entre nós, como esquecer, ainda, a famigerada Lei Fleury (Lei nº 5.941/1973), elaborada a toque de caixa para garantir que o delegado do DOPS paulista Sérgio Paranhos Fleury – símbolo da violenta repressão política patrocinada pelo regime militar (e, por essa razão, levado a júri popular) – permanecesse em liberdade após a declaração judicial de sua pronúncia, mas que, inobstante a sua antirrepublicana origem, acabou apropriada por advogados de defesa e operadores do direito em geral como densificação normativa da presunção de inocência.

Se não é possível afirmar que a Constituição de 1988 inaugurou o pressuposto do estado de inocência em nosso ordenamento jurídico, tampouco é possível negar o seu caráter absolutamente original no trato do tema. Nessa linha, o que o processo de emergência da Ordem Constitucional de 1988 efetivamente traz de inovador é a atribuição de estatuto constitucional à presunção de inocência, alcançada de uma vez

por todas ao posto de princípio fundante do sistema processual penal como um todo, bem como o agigantamento sem precedentes de sua amplitude.

No particular, optou o constituinte originário por expressamente positivar, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, a formulação de que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (CF, art. 5º, LVII).

Trata-se, deve ser ressaltado, de opção deliberada e consciente que surge como produto de um tortuoso percurso histórico que culminou na suplantação do regime autoritário então vigente por meio da elaboração da Constituição de 1988. Isso porque, a ditadura militar (1964-1985) notabilizou-se pela massiva supressão de direitos e garantias civis, algo que se deu de forma especialmente acentuada (e particularmente perversa) no campo da consecução de um distinto ímpeto estatal punitivista.

Diz-se, a propósito, que a supressão de direitos fundamentais se deu de forma especialmente acentuada no campo da persecução penal, uma vez que o projeto maior do movimento golpista de 1964, já manifestado em seu Ato Institucional nº 1, consistia na instituição de um Estado autoritário, militarizado e militarizante, fundado em uma ideologia da “segurança nacional” fortemente influenciada pelo macarthismo norte-americano. Tal projeto trivializava decisivamente o conceito de Nação, o que se dava a partir da afirmação de existência de uma única verdade nacional, a ser concretizada por meio da consecução de supostos objetivos nacionais permanentes – operando-se, assim, uma manifesta desautorização da política em favor da técnica, como se termos antitéticos fossem, enquanto única forma de se alcançar o desenvolvimento do País.¹⁵

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte. Del Rey, 1992. pp. 266-267.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Mais do que isso, contra os que ainda ousassem se valer da política como forma de contestação àqueles que então se apoderaram do aparelho estatal, forjava-se a existência de um “inimigo interno” (categoria tão etérea quanto aplicável a qualquer espécie de opositor), que, na lógica castrense, deveria ser neutralizado (eufemismo para aniquilado), criando-se, assim, o cenário propício para que esse processo, assemelhado a uma verdadeira guerra interna, se desse também através da excepcionalização das normas jurídicas que ainda garantiam direitos aos acusados de se voltar contra a “segurança nacional”.

Diz-se, por outro lado, que a consecução desse ímpeto estatal punitivista pôde se dar de forma particularmente perversa uma vez que a experiência autoritária brasileira foi caracterizada por um acentuado processo de institucionalização e judicialização da repressão política. No particular, sabe-se que o regime buscou se valer dos mais diversos instrumentos jurídicos de modo a dissimular a perseguição a opositores políticos, sendo certo que a própria Constituição de 1946, embora subordinada aos atos institucionais e por eles profundamente alterada, chegou a conviver durante três anos com a edição desses atos de exceção que efetivamente a esvaziavam até a sua suplantação formal pelas Cartas autocráticas de 1967 e 1969. O agigantamento sem precedentes da justiça militar durante o período, que passou a se ocupar da perseguição de civis que se opunham ao regime, é outro sintoma desse fenômeno. Com CLAUDIA PAIVA CARVALHO e GABRIEL REZENDE DE SOUZA PINTO, relembramos que a observância de procedimentos formais por parte da justiça política se prestava a “mascarar o arbítrio”, ao mesmo tempo em que se mantinha “*intacta a*

prática sistemática de tortura durante os interrogatórios nas investigações conduzidas pelos inquéritos policial-militares.”¹⁶

Uma triste nota em nossa história que, entretanto, demonstra de forma clara a dinâmica de atuação dos mecanismos de repressão durante a ditadura, é o caso dos desaparecimentos forçados. Consistente na abdução de opositores políticos, que não mais seriam encontrados, gradualmente a prática tornou-se frequente no arsenal de violações a direitos humanos perpetradas pelo aparelho repressivo da ditadura. Evocando a obra de fôlego de ELIO GASPARI, é possível dizer que “*a ditadura fazia prisioneiros, mas não entregava cadáveres. Jamais reconheceria que existissem. Quem morria, sumia*”¹⁷. Através da Lei nº 9.140/1995 e dos trabalhos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos políticos por ela instituída, o Estado brasileiro reconheceu até o momento a responsabilidade pela morte e desaparecimento de 362 pessoas.^{18 19}

É digno de nota, finalmente, que foi justamente na luta contra a prática dos desaparecimentos forçados que surgiu uma das mais criativas utilizações da prática judiciária em defesa dos direitos humanos dos perseguidos políticos. Após a supressão do *Habeas Corpus* para crimes políticos e contra a segurança nacional operada pelo malfadado Ato Institucional nº 5, muitos advogados de presos políticos continuaram a impetrar o remédio extremo mesmo sabendo de

¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; CARVALHO, Claudia Paiva; SOUZA PINTO, Gabriel Rezende de. *Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 20, pp. 137-138, 2012.

¹⁷ GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pp. 420.

¹⁸ Dado disponível em: http://cemdp.sdh.gov.br/modules/wfchannel/index.php?page_num=11

¹⁹ A propósito da prática do crime de desaparecimento forçado promovida pelo Estado autoritário, e, especificamente, do contexto em que se insere o episódio da Guerrilha do Araguaia, notória hipótese da prática, confira-se o precitado artigo: CARVALHO NETTO, Menelick de; CARVALHO, Claudia Paiva; SOUZA PINTO, Gabriel Rezende de. *Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 20, pp. 135-155, 2012.

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

antemão que a ordem jamais seria conhecida. A ideia era indicar como autoridade coatora todas as autoridades militares da região na esperança de que, ao prestarem informações ao Judiciário, alguma das carceragens atestasse ter detido o paciente. Quando o preso era localizado, aumentavam-se exponencialmente suas chances de sobrevivência, já que a autoridade responsável teria de responder pela morte do acusado (o que, por sua vez, atentaria contra a legitimidade discursiva do regime), sendo certo que a estratégia foi essencial para salvar a vida de centenas de presos políticos. Sobre o assunto, testemunha o professor NILO BATISTA:

“O habeas corpus, depois do AI-5, se converteu num macabro teste de sobrevivência dos presos. Você queria um habeas corpus e indicava como autoridades coatoras o CENIMAR, o CISA, o DOI-CODI e o DOPS. Quando algum deles dizia que o paciente estava preso, significava que estava vivo. Quando a resposta vinha negativa, como no caso do Stuart, era um mau presságio porque a pessoa tinha sido morta, tinha sido executada, morrido na tortura.”²⁰

Tudo isso se presta a demonstrar que a Constituição de 1988 apresenta-se como momento decisivo de um processo de duro aprendizado institucional, que certamente condiciona a sua interpretação tal como condicionou o processo de sua elaboração. Em contraposição a um período em que pessoas desapareciam nas mãos do aparelho repressivo do Estado sem que nem mesmo lhes fosse explicitado por quais crimes estavam sendo perseguidas; em que o Estado sequer se dignava a reconhecer que tais desaparecidos algum dia estiveram sob sua custódia, a saída adotada pelo constituinte de 1988 foi a de constitucionalizar uma série nunca antes tão numerosa de direitos fundamentais no campo do direito penal e processual penal,

²⁰ SPIELER, Paula (coord.); QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985*. Curitiba: Edição do Autor, 2013. Entrevista concedida aos autores. pp. 652-653.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

na esperança de fornecer àqueles que forem criminalmente processados as garantias básicas que outrora eram negadas.

Foi nesse contexto que o Constituinte de 1988 deu estatuto constitucional a garantias que então não eram asseguradas pelo texto constitucional, como o princípio da legalidade estrita (CF, art. 5º, XXXIX); a extinção incondicionada das penas de caráter perpétuo editadas por cruéis e a restrição da pena de morte apenas aos casos de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII); a extensão dos direitos fundamentais reconhecidos aos apenados (CF, art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e a inadmissibilidade processual das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI). Da mesma forma, outras garantias já formalmente previstas pelas Cartas autoritárias, como a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), ou a garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo judicial (CF, art. 5º, LV), foram reafirmadas e materialmente ressignificadas sob a égide do Estado Democrático instituído pela Ordem Constitucional de 1988.

Foi nesse contexto, sobretudo, que foi conferido, pela primeira vez em nossa história institucional, *status constitucional* à presunção de inocência, que passou a somente ser elidida quando não mais coubesse recurso contra a decisão judicial que reconhecesse a prova da culpa do acusado – ou seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

E, assim, por meio dessa opção categórica do constituinte originário, a presunção de inocência foi alçada, de uma vez por todas, ao centro do sistema de direito processual penal, funcionando como fundamento, agora com assento constitucional, da persecução penal como um todo.

Na prática, tal postulado normativo efetivamente se manifesta em duas dimensões distintas: (i) sob um viés fático-probatório, a presunção de inocência implica na vinculação da sentença penal condenatória à

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

prova da culpa do acusado para além de qualquer dúvida razoável, sendo certo que se a culpa não estiver suficientemente provada, o réu deve ser absolvido (*in dubio pro reo*); (ii) paralelamente, sob um viés jurídico-processual de trato das partes, a presunção de inocência surge também como um dever de tratamento do acusado, impedindo que ele seja tratado, no curso do processo, como se culpado fosse, o que determina a excepcionalidade das restrições à sua liberdade antes de comprovada a sua culpa e impede efetivamente a execução da pena até que o estado de inocência seja elidido – afinal de contas, é absolutamente contraintuitivo que aquele que não é considerado culpado (ou seja, é considerado inocente) cumpra pena.

Para além da constitucionalização da matéria, a segunda grande novidade introduzida pela Constituição de 1988 foi a estipulação de um marco temporal objetivo de vigência da presunção de inocência, qual seja o momento em que o réu não mais tenha recursos a manejar contra a decisão que reconheceu que sua culpa encontra-se plenamente provada.

No ponto, deve ser ressaltado que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória de fato não tem se constituído como conteúdo essencial da presunção de inocência no âmbito do constitucionalismo moderno. Daí porque é possível encontrar diversas experiências constitucionais em que o réu pode iniciar o cumprimento da pena antes da prolação de decisão irrecorrível acerca de sua culpa, sem que se diga, com isso, que a presunção da inocência deixou de ser observada. Não ser o marco temporal adotado necessariamente essencial para a verificação da presunção de inocência, entretanto, em nada muda o fato de que o constituinte originário de 1988 o elegeu de forma eloquente – e essa opção necessariamente vincula o intérprete da Constituição.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Mais à frente retornaremos ao assunto. Por ora, importa sublinhar, especialmente para os fins deste parecer, que o novo regramento constitucional da presunção de inocência nascia em confronto direto com a jurisprudência assente no STF no sentido da possibilidade de cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mediante recurso à redação do art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo e prevê a remessa dos autos originais de volta à primeira instância para execução da sentença, entendia-se possível que o réu fosse compelido a iniciar o cumprimento da pena ainda que pendesse o julgamento de seus recursos excepcionais.

Por anos, o STF resistiu à tarefa de reapreciar sua jurisprudência em face da contribuição trazida pela Constituição de 1988, insistindo na aplicação da interpretação do art. 637 do CPP gerada ainda sob a égide da Carta de 1969, que permitia o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²¹

Paradoxalmente, a corte entendia, com base em dispositivo da Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº 7.210/1984, art. 147) que a aplicação de penas restritivas de direitos somente era possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²² Em que pese a previsão de artigo correspondente aplicável às penas privativas de liberdade (LEP – Lei nº 7.210/1984, art. 105), muito mais gravosas por sua própria

²¹ São exemplos dessa orientação jurisprudencial, dentre inúmeros outros, os seguintes julgados: **HC 55118**, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 16/06/1977, DJ 26-08-1977; **HC 59757**, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Primeira Turma, julgado em 11/05/1982, DJ 28-05-1982; **HC 67245**, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989; **HC 68726**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 e; **HC 82812**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2003, DJ 27-06-2003.

²² Nesse sentido, confira-se, a título exemplificativo: **HC 84677**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/11/2004, DJ 08-04-2005; **HC 84859**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 13-05-2005.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

natureza, insistia-se em permitir o cumprimento antecipado da pena de prisão, a despeito do art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Foi somente em 2009, pouco mais de **vinte anos** após a promulgação da Constituição de 1988, que o STF adequou definitivamente sua jurisprudência à determinação constitucional de que a presunção de inocência somente é afastada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ocasião do julgamento, pelo Plenário, do **HC nº 84.078-7/MG**, de relatoria do Ministro EROS GRAU. Naquela oportunidade, através da apropriação do que desde a edição da Constituição vinha sendo defendido pela doutrina e atendendo a pleitos de reconhecimento de direitos fundamentais da mais nobre monta, proclamou-se a impossibilidade da execução antecipada da pena, garantindo-se efetivamente ao acusado o direito constitucionalmente assegurado de não ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da decisão que reconhecer a plena prova de sua culpa, tal qual expressamente garantido no art. 5º, LVII da Constituição Federal. No âmbito institucional, tratou-se igualmente da consagração de uma corrente jurisprudencial já existente no STF, na medida em que alguns membros da Corte, como os Ministros EROS GRAU, SEPÚLVEDA PERTENCE e MARCO AURÉLIO, já haviam externado a posição enfim vencedora em outras oportunidades.

Em meio a essa nova orientação jurisprudencial do STF, insere-se a edição da **Lei n. 12.403/2011**, que, dentre outras medidas, deu nova redação, ora sujeita a exame de constitucionalidade, ao **art. 283 do CPP**. Naquela ocasião, referida norma processual passou a prever, na linha da nova posição da Suprema Corte sobre o assunto, 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", afastando de forma expressa a possibilidade de antecipação do cumprimento da pena.

Em verdade, tratou-se do coroamento de um movimento iniciado em momento anterior à própria virada jurisprudencial do STF, uma vez que o subprojeto que gerou a alteração normativa, subscrito por uma comissão de juristas da envergadura de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, MIGUEL REALE JR., NILZARDO CARNEIRO LEÃO, PETRÔNIO CALMON FILHO, RENÉ ARIEL DOTTI (posteriormente substituído por RUI STOCCHI), ROGÉRIO LAURIA TUCCI e SIDNEY BENETI, já indicava em sua exposição de motivos (Exposição de Motivos nº 22/2001-MJ), submetida ao Congresso ainda em 2001, que um dos objetivos declarados da proposição era o de instituir a "*impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar*", exortando-se, ainda que "*a execução 'antecipada' não se concilia com os princípios do Estado Constitucional e Democrático de Direito*". Daí porque o confessado intuito de "*definir que toda prisão antes do trânsito em julgado de final somente pode ter o caráter cautelar*", operando-se a revogação das "*disposições que permitiam a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, objeto de crítica da doutrina porque representavam antecipação da pena, ofendendo o princípio constitucional da presunção de inocência*".

Fruto de uma articulação conjunta de dois poderes da República (Executivo e Legislativo) e de um esforço pluripartidário, o diploma legislativo representou bem-vinda densificação do postulado normativo contido no art. 5º, LVII da Constituição Federal, apta a aplacar qualquer dúvida eventualmente existente acerca da expressão da presunção de inocência enquanto dever de tratamento do acusado, tendo passado a subsidiar a nova jurisprudência do STF sobre o tema,

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

que em diversos precedentes subsequentes reafirmou os avanços registrados no julgamento do HC nº 84.078-7/MG e incorporados ao art. 283 do CPP.²³

Nada obstante, sem que houvesse qualquer modificação substancial no pano de fundo normativo subjacente à matéria no sentido de desautorizar o entendimento até então adotado (tendo ocorrido, aliás, o contrário, conforme se verá), sobreveio o julgamento, pelo plenário do STF, do **HC nº 126.292/SP**, de relatoria do Ministro TEORI ZAVACSKI, que consubstanciou guinada jurisprudencial no sentido de reabilitar a jurisprudência anterior do STF, argumentativamente construída em momento anterior à Constituição de 1988 e amadurecida sob a égide da Carta autocrática de 1969, no sentido de que não há óbice constitucional à execução antecipada da pena. Mais do que isso, o retorno à antiga orientação jurisprudencial se deu sem que fosse enfrentada a questão colocada pela nova redação do art. 283 do CPP, manifestamente incompatível com a antiga apreensão da matéria, agora retomada.

Faz-se necessário, então, analisar de forma detalhada o substrato argumentativo que se coloca por detrás desse desenvolvimento jurisprudencial, até para que se compreenda a magnitude hermenêutica da guinada observada para a integridade do Direito brasileiro. Importa determinar, sobretudo, se foram apresentados fundamentos sólidos o bastante a ponto de justificar uma declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, ou se, como nos parece numa análise perfunctória, o precitado dispositivo normativo permanece hígido, na condição de densificação adequada da norma expressa no art. 5º, LVII da Constituição Federal, devendo ser

²³ No particular, confira-se, dentre diversos outros: **HC 95315**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010; **HC 115358**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 06-05-2014 PUBLIC 07-05-2014;

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

privilegiada e reafirmada a orientação jurisprudencial consagrada no julgamento do HC nº 84.078-7/MG.

IV. ARGUMENTOS DE POLÍTICA E ARGUMENTOS DE DIREITO: CONTRA O PERIGO SEMPRE PRESENTE DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

Nos últimos tempos, o debate que tem dominado a arena pública brasileira é, sem dúvida alguma, o tema da corrupção. Variadas iniciativas das mais diferentes origens e atores têm sido levadas a cabo com o fito de combater o cenário de sistemáticas práticas delituosas e de um quase que imensurável desvio de verba pública que os órgãos investigativos competentes têm revelado no Brasil. O recente julgamento da Ação Penal 470/MG, muito provavelmente o julgamento de maior repercussão popular na história do STF (até o momento) e o advento da chamada “Operação Lava-Jato”, com sua interminável sucessão de fases e seus rumorosos vazamentos, são episódios sintomáticos dessa conjuntura.

Mais do que nunca, as entranhas carcomidas pela corrupção de nosso excludente sistema político estão à mostra, em sua dimensão mais visceral, para quem quiser ver. Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, claramente se percebe uma cada vez mais intensa (e, a princípio, saudável) intolerância populacional e institucional a desmandos criminosos com o erário.

Naturalmente, uma análise mais aprofundada de como chegamos até aqui e do que pode ser feito a respeito foge do escopo da presente consulta. Para fins da análise crítica do arcabouço argumentativo subjacente à guinada jurisprudencial operada pelo STF, entretanto, importa notar que é justamente nesse contexto que o argumento que privilegia a efetividade da jurisdição, tão reverberado no julgamento **HC nº 126.292/SP**, ganha força decisivamente.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Nada obstante, a articulação de demandas sociais de combate ao crime (tal como ocorre com qualquer outra espécie de demanda social, diga-se de passagem) deve se submeter ao ordenamento jurídico, impondo-se o intransigente respeito, sobretudo, aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

A despeito das boas intenções que movem a luta contra a corrupção e a impunidade, deve-se ter em mente que não se pode fazer cumprir direitos e garantias fundamentais (interesse público e os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) com o ultraje a outros tantos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

São nos momentos mais difíceis, mais conturbados e mais provocadores que um Estado Democrático de Direito deve se mostrar capaz de assegurar o respeito aos direitos fundamentais, aos direitos humanos e, ao fim e ao cabo, à comunidade de princípios constituída pela nossa ordem constitucional.

Embora jamais seja possível se afirmar a impossibilidade de retrocessos, haja vista a total abertura do sujeito constitucional às vicissitudes da dinâmica democrática, é pressuposto de um sistema constitucional saudável a possibilidade de que a Constituição seja invocada como mecanismo de autolimitação das disputas políticas de interesse. Para que isso ocorra, entretanto, é fundamental o papel desempenhado pelas cortes constitucionais no contexto dessa intricada relação entre constitucionalismo e democracia.

É conhecida a célebre polêmica entre CARL SCHMITT e HANS KELSEN acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Enquanto SCHMITT sustentava ser, no caso da Constituição de Weimar, o Presidente da República, o defensor da ordem institucional (a quem cabia decretar o estado de exceção, ou seja a decisão política

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

fundamental acerca da suspensão da própria Constituição)²⁴, KELSEN, pensando no caso da Constituição da Áustria, peremptoriamente defendia que tal incumbência deveria ser atribuída a cortes constitucionais, especialmente pensadas para o desempenho de tal papel contramajoritário²⁵.

O que sobressai do referido debate como o maior aprendizado para a teoria constitucional contemporânea é que a definição sobre o sentido da Constituição dificilmente pode ser deixada à livre disposição da política democrática hodierna. A vontade majoritária, os ditos “valores” da sociedade, não estão necessariamente comprometidos com o cumprimento dos compromissos e garantias fundantes da comunidade de princípios em que se encontram inseridos e, muitas das vezes, se voltam diretamente estes no instante mesmo em que suas vontades imediatas, ou o meio eleito para executá-las, não é pela forma constitucional contemplado.

Nesse sentido, é possível afirmar que KELSEN, tinha certa razão. Muito mais do que uma liderança política carismática ocasional, uma corte constitucional, formalmente desvinculada à seara da política e imbuída do dever de se reportar sempre ao direito, pode vir a ser capaz

²⁴ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. MENELICK DE CARVALHO NETTO, ao comentar o contexto em que SCHMITT escrevia, afirma o seguinte: "Estados fortes, dotados de Executivos poderosos, capazes de realizar políticas públicas de inclusão com rapidez e agilidade, eram uma necessidade política. Pudemos assistir no período entre-guerras a confirmação da tese schmittiniana da derrocada dos regimes de democracia representativa em todo o mundo e, mesmo naqueles países que a mantiveram, a ascensão ao poder de líderes carismáticos como Roosevelt e Churchill. A identidade entre o governante e o governado, o que definia a democracia para Schmitt, parecia realmente só poder ser alcançada nas ditaduras. **A urgente materialização dos direitos, como condição prévia à cidadania, parecia requerer e recomendar a supressão da formalidade**, dos processos de participação." (CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais*. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 141-163 – grifou-se e destacou-se).

²⁵ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pgs. 237-298.

de institucionalmente garantir e zelar, irrenunciavelmente, pela guarda dos direitos e garantias fundamentais – os quais derivam não da vontade imediata de maiorias, mas da história constitucional de um povo e de suas conquistas de liberdade e de igualdade.

Nessa linha de raciocínio, tem-se por indispensável para a presente consulta pontuarmos a crucial diferença entre **argumentos de política** e **argumentos de princípio** (ou de direitos), cunhada em sua expressão mais famosa por RONALD DWORKEIN. No particular, em célebre e sucinta passagem, pontua o professor americano a primordial diferença entre os dois tipos de discursos:

“Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique consequentemente pior. **Os argumentos de princípio são baseados em direitos**”²⁶.

Como se vê, DWORKEIN é preciso ao captar a essência da hermenêutica constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito: argumentos de política, supostamente pragmáticos, lançados em nome de uma presumida consecução de fins sociais para a melhora da vida em comum não podem ser invocados para suplantar direitos e garantias individuais historicamente conquistados.

²⁶ DWORKEIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pg. 9. No original: “*Arguments of principle claim, on the contrary, that particular programs must be carried out or abandoned because of their impact on particular people, even if the community* as a whole is in some way worse off in consequence. Arguments of principle are right-based. Because the simple view that law and politics are one ignores this distinction, it fails to notice an important qualification to the proposition that judges must and do serve their own political convictions in deciding what the law is. Even in hard cases, though judges enforce their own convictions about matters of principle, they need not and characteristically do not enforce their own opinions about wise policy.*” (DWORKEIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985. P. 2-3).

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Não há sequer que se cogitar, portanto, de um “*necessário equilíbrio entre esse princípio [presunção de inocência] e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal*”²⁷.

E não há, precisamente, porque os direitos fundamentais exsurgiram, ao longo da história do constitucionalismo, mediante lutas e aprendizados dizimadores de milhões de vidas, justamente como garantias do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, da “sociedade”, dos poderes constituídos, das autoridades e das políticas majoritárias momentâneas, as quais eram vistas como o melhor (para quem?) naquele determinado momento histórico.

Aprofundando tal ponto, deve-se interpretar o direito fundamental à presunção de inocência como um trunfo a afastar todo e qualquer argumento pragmático de busca de maximização de interesses coletivos. Com DWORKIN, podemos dizer o seguinte:

“Uma comunidade política não tem poder moral para criar e impor obrigações contra seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito, ou seja, a menos que, em seus programas de ação política, considere todos os seus destinos como igualmente importantes e respeite a responsabilidade individual de cada um deles pela própria vida. Esse princípio de legitimidade é a fonte mais abstrata dos direitos políticos. O governo não tem autoridade moral para coagir ninguém, nem mesmo com a finalidade de aperfeiçoar o bem-estar da comunidade como um todo, a menos que respeite essas duas exigências no que se refere a cada indivíduo. **Os princípios de dignidade, portanto, declararam direitos políticos muito abstratos: ganham, como trunfos, das políticas coletivas do governo.** Formamos a seguinte hipótese: todos os direitos políticos derivam desse direito fundamental. Para determinar e defender direitos particulares, temos de nos perguntar, de modo

²⁷ Trecho do voto do Ministro TEORI ZAVASCKI nos autos do HC 126.292/SP. Páginas 4 e 5 do acórdão.

muito mais detalhado, quais são as exigências de igual respeito e consideração”²⁸.

Nesse sentido, DWORKIN dá um instigante exemplo de tal imperativo hermenêutico, também na área criminal, assim como o objeto da presente consulta: “*mesmo que a pena de morte diminua o número de homicídios e, portanto, contribua para um aumento líquido da felicidade, ela continua sendo injustificada, pois as mazelas morais que a matança oficial impõe à comunidade são maiores que o sofrimento causado por um pequeno aumento no número de homicídios.*”²⁹.

Como se vê, o supracitado exemplo é em todo comparável com a permissão da execução antecipada da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, o qual veda peremptoriamente, em âmbitos constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e infraconstitucional (art. 283 do Código de Processo Penal) essa guinada de entendimento.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. P. 503-504. No original: “*A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives. That principle of legitimacy is the most abstract source of political rights. Government has no moral authority to coerce anyone, even to improve the welfare or well-being or goodness of the community as a whole, unless it respects those two requirements person by person. The principles of dignity therefore state very abstract political rights: they trump government’s collective policies. We form this hypothesis: All political rights are derivative from that fundamental one. We fix and defend particular rights by asking, in much more detail, what equal concern and respect require.*” (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 330).

²⁹ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. P. 502-503. No original: “*We might think, for example, that even if capital punishment decreases murder, and therefore contributes to a net gain in happiness, it is still unjustified because the moral blight that official killings imposes on the community outweighs the suffering caused by a small increase in murders.*” (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 329).

Há que se problematizar, portanto, os “*fundamentos pragmáticos para o novo entendimento*”³⁰ alçado pelo STF.

Afirma o Ministro ROBERTO BARROSO que “*A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade*”³¹.

Quanto ao primeiro ponto, afirma o Ministro BARROSO que a “*execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis.[...] Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil*”.

Quanto ao segundo ponto, diz o Ministro que a execução “*provisória*” da pena “*permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro*”, “*deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema*”³².

Por último, afirma-se que “*a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. [...]. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério*

³⁰ Título de um Capítulo do voto Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Página 49 do acórdão.

³¹ Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Páginas 50 e 51 do acórdão.

³² Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Página 52 do acórdão.

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

(ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal”³³.

Antes de prosseguirmos, utilizemos a interlocução com o voto do Ministro ROBERTO BARROSO para questionarmos, por meio de um brevíssimo excuso, a própria possibilidade de existência de uma “execução provisória da pena de prisão”, sobretudo porque, como já deve ter dado para perceber, optamos por lançar mão, na presente opinião, da terminologia “cumprimento antecipado da pena de prisão”. Tal opção é não só consciente como deliberada. Isso porque, no âmbito do direito processual civil, de onde a noção de “execução provisória” é importada, eventual natureza provisória dos atos executivos é melhor auferida através do exame de seus efeitos. Nesse contexto, o título executivo, a espera de ulterior confirmação, pode até ser provisório, mas, se os atos jurisdicionais que se prestam à realização concreta da tutela jurisdicional executiva tiverem efeitos imediatos, estar-se-á diante de uma execução antecipada (ou imediata) de título executivo provisório, não de uma “execução provisória”³⁴. Guardadas as devidas proporções, rigorosamente o mesmo pode ser dito no âmbito do processo penal acerca da pena de prisão. A realidade do aprisionamento sempre será imediata. Em verdade, no âmbito do cumprimento da pena de prisão, as consequências são muito mais impactantes do que na esfera cível, sobretudo por conta de sua inerente irreversibilidade. Enquanto no processo civil a restituição ao *status quo ante* (ou, no mínimo, a reparação por perdas e danos) em caso de ulterior desconstituição do título executivo provisório sempre se afigura no horizonte de expectativa, no processo penal, em caso de ulterior

³³ Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Página 53 do acórdão.

³⁴ Para uma problematização aprofundada, no âmbito do processo civil, acerca do conceito de “execução provisória”, confira-se: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, vol. 3. 6^a ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva 2013. pp. 155/156.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

absolvição, nada será capaz de apagar a realidade escatológica da experiência do cárcere, nem tampouco será restituído o tempo de vida perdido. É preciso, então, que o debate seja posto em termos claros e precisos. A execução da pena de prisão nunca será provisória, sempre será definitiva. O que ora se discute é a (im)possibilidade constitucional de sua antecipação.

De todo modo, voltando ao raciocínio que vinha sendo desenvolvido, da simples leitura dos três argumentos acima citados, verifica-se que se trata de argumentação que confunde, justamente, argumentos de política com argumentos de princípio (ou de direito).

Com certeza, deve o Poder Judiciário contribuir para o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, mas não à custa do sacrifício de direito fundamental. Trata-se de uma contradição em termos.

No caso particular ora em análise, a dimensão contraditória do que se pretende com o reestabelecimento da antiga orientação jurisprudencial se faz ainda mais presente quando se leva em conta o fato inegável de que a antecipação do trânsito em julgado representa, de imediato, um considerável aumento no já absurdo número de prisões no Brasil. Como compatibilizar esse incontornável aumento de encarcerados com a conclusão a que chegou o STF no julgamento da **ADPF-MC nº 347/DF** – ocasião em que a Suprema Corte reconheceu que o sistema carcerário brasileiro padece de um “*estado de coisas inconstitucional*”, que diuturnamente vilipendia a dignidade humana das centenas de milhares de presos país afora?

Além disso, o raciocínio no sentido de que a antecipação do cumprimento pena reduzirá o número de prisões preventivas é falacioso, pois o preso provisório virará preso definitivo. A conta, absolutamente, não fecha. Direitos e garantias fundamentais que já são

ulrajados quotidianamente em nossas “*masmorras medievais*”³⁵ continuarão sendo ultrajados, agora em um número maior e apenas com outro rótulo: de presos provisórios para presos definitivos.

Ademais, dizer que essa mudança de entendimento aumentará o prestígio e a confiança nas instâncias jurisdicionais de primeiro e segundo graus é, em suma, dizer que o Judiciário deve retirar sua legitimidade do número de prisões que efetua – quando, ao contrário, essa legitimidade advém da garantia irrenunciável de direitos fundamentais e do compromisso irretratável com os direitos humanos, quanto mais aqueles expressamente assegurados pela Constituição Federal.

Sob outra perspectiva, deve ser ressaltado que é ilusório pensar que a antecipação do trânsito em julgado diminuirá em alguma medida a seletividade penal do sistema carcerário brasileiro – como se a pretensa finalidade de prender pessoas de classes sociais mais abastadas fosse de alguma forma garantir direitos fundamentais às populações marginalizadas. Os mecanismos de seletividade atuam em esferas em muito anteriores ao próprio processo de judicialização e, instaurado o processo, sobretudo, em seu curso ordinário. É razoável supor, então, que os acusados de crimes de colarinho branco, que são investigados pela “Operação Lava-jato” e são patrocinados pelas maiores bancas de advocacia do país, a quem supostamente se dirige a nova jurisprudência, constituirão, depois de já operados diversos mecanismos de seletividade, parcela ínfima dos atingidos pelo reestabelecimento do cumprimento antecipado da pena.

Em última análise, o aprimoramento das instituições não comporta atalhos: a seletividade penal só será reduzida com a extensão de tratamentos humanizados e garantias fundamentais a **todas** as

³⁵ Denominação acertadamente conferida pelo ex-ministro da Justiça JOSÉ EDUARDO CARDOZO às prisões brasileiras.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

parcelas da população e não com a pretensão de restrição de direitos de uma parcela inegavelmente favorecida quando comparada com aqueles que se encontram em situação de alto grau de vulnerabilidade. Fechar os olhos para essa realidade é, ao fim e ao cabo, pretender a modificação do estado de coisas inconstitucional que acomete as prisões brasileiras (frequentadas, em sua vasta maioria, pela “clientela” usual do sistema penal – negros, pobres, pequenos assaltantes e pequenos traficantes de drogas) com a extensão das misérias e descumprimentos de direitos por eles sofridos a todos. Em suma: a seletividade penal não acaba com a extensão dos atentados a direitos a todos, mas com a cessação dos descumprimentos de direitos humanos às minorias já acometidas por esse perversa seletividade.

Por fim, pretender que a antecipação da execução da pena seja usada como meio de redução da impunidade é pretender, mais uma vez, que o Judiciário formule políticas públicas ao invés de garantir direitos fundamentais. É claro que o Judiciário deve ser diligente e rigoroso na aplicação das penas previstas para o cometimento de cada crime devidamente provado na forma da lei processual penal, desde que seja sempre obediente e vigilante no que se refere ao respeito aos direitos fundamentais, ao custo de se instalar um estado policialesco em detrimento de um Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, é importante se registrar o contra-argumento lançado pelo eminentíssimo Ministro EROS GRAU, ao julgar o HC 84.078-7/MG, sobre a questão da impunidade a motivar o cumprimento antecipado da pena:

“A prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrará-se á, em definitivo, a impunidade. Isso — eis o fecho de outro argumento — porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados Habeas Corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora — digo eu agora — a

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes..." (grifou-se e destacou-se).

Com efeito, não pode o Judiciário utilizar, em suas decisões, fundamentos tipicamente característicos dos discursos legislativos, marcados pela busca pragmática do atingimento de fins específicos. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve a hermenêutica constitucional estar centrada em levar os direitos a sério, resguardando a integridade e a coerência histórico-constitucional da comunidade de princípios que constitui a Constituição.

Nesse ponto, faz-se premente a invocação da pertinente ressalva feita pelo Ministro MARCO AURÉLIO em seu sucinto, mas brilhante, voto nos autos do HC 126.292/SP:

“Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cesar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. **Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou.** Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado”³⁶.

³⁶ Trecho do voto do Ministro MARCO AURÉLIO nos autos do HC 126.292/SP. Página 78 do acórdão.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Ora, como se vê, a questão da antecipação do trânsito em julgado foi levada, por projeto de emenda constitucional (“PEC Peluso”), ao legislativo, com forte atuação do Ministro aposentado CEZAR PELUSO. O desfecho da questão é por todos conhecido: não houve receptividade do tema no Parlamento, em muito por causa das dinâmicas de funcionamento do próprio parlamente, em muito por causa da evidenciação das inconstitucionalidades nele presentes já elencadas por essa Suprema Corte nos autos do HC 84.078-7/MG.

Esse fato é relevantíssimo, pois mostra que o tema foi levado ao Poder competente para tratar a matéria e não foi privilegiado. Dessa forma, não pode a Suprema Corte – sob pena de se ultrajar não só a segurança jurídica, mas também a separação de poderes – chancelar entendimento que, quando muito, poderia ser encampado pelo Congresso Nacional, o qual categoricamente recusou tal guinada em nosso ordenamento constitucional.

À luz do proceduralismo de JOHN HART ELY, é possível dizer que não caberia ao STF, após pronunciamento reiterado do legislador sobre o tema (primeiramente, com a promulgação do art. 283 do CPP, em sua nova e atual redação; e, depois, com a rejeição da “PEC Peluso”), bem como ante a total ausência de cerceamento a direitos de participação no referido debate parlamentar, adentrar em seara conformada pelo constituinte originário. Caso contrário, estar-se-ia entrando no domínio dos juízos morais substantivos da democracia³⁷, os quais não seriam da alçada do Poder Judiciário, pois refletiriam escolhas políticas fundamentais conformadas por nossa Constituição.

É relevante ressaltarmos mais uma vez, com RONALD DWORKIN, que o custo, inclusive funcional, da insensibilidade simplificadora da

³⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 43-72.

situação de aplicação, típica dos paradigmas constitucionais anteriores ao Estado Democrático de Direito, é alto.

Não levar a sério os direitos – ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se enfocar a questão do ângulo de pressupostas políticas pragmáticas supostamente maximizadoras de programas eleitos como os melhores para o futuro da sociedade – é, no final das contas, não guardar a Constituição Federal.

Os direitos e garantias fundamentais, vistos como trunfos, não podem, em nenhum caso, ganhar aplicação típica de políticas públicas, ao preço de se produzirem injustiças que subvertem a crença na própria juridicidade, na Constituição e no ordenamento e, mais, de recairmos na autoritária e insustentável diretriz teórica sustentada por CARL SCHMITT, segundo a qual o terreno de resguardo da Constituição é a própria arena política, aberta aos caprichos e vontades das maiorias de momento e de seus programas políticos.

É tempo de nos conscientizarmos da importância não somente do que PABLO LUCAS VERDÚ denomina sentimento de Constituição, mas também que, para a efetividade da própria ordem constitucional, a fim de se cultivar esse sentimento em um Estado Democrático de Direito, das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania³⁸, o qual, no presente caso, se apresenta densificado no princípio constitucional da presunção de inocência.

A cidadania, enquanto espaço a permanecer aberto e não passível de ser ocupado exaustivamente por quem quer que busque se apropriar discursiva e praticamente dela, é sempre colocada em risco quando, à guisa de protegê-la ou com vistas à consecução de finalidades materiais

³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coordenador), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

por ela requeridas, elimina-se a garantia decorrente da própria formalidade constitucional, no caso, do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 e, por via de consequência, do art. 283 do Código de Processo Penal³⁹.

V. APONTAMENTOS HERMENÉUTICOS SOBRE A RECENTE GUINADA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF

Ao tratarmos da presunção de inocência, um dos argumentos que necessariamente temos de enfrentar e que certamente perpassa o substrato argumentativo da recente guinada jurisprudencial operada pelo STF é construído a partir da própria terminologia utilizada pelo constituinte de 1988.

Como se sabe, o constituinte originário optou por não se utilizar da terminologia “*presunção de inocência*” no regramento da matéria, tendo optado, antes, por falar em termos de “*culpável*” e “*não-culpável*” (“*ninguém será considerado culpado...*”).

A partir dessa diferença terminológica, parte da doutrina nacional (muito na própria tentativa de manter hígida a corrente interpretativa que considerava possível o cumprimento antecipado da pena de prisão) tentou construir uma distinção conceitual entre o que seria uma “*presunção de inocência*” e o que seria a “*presunção de não culpabilidade*” efetivamente assegurada pelo Constituição de 1988 – como se não estivéssemos tratando aqui de equivalentes semânticos.

A partir dessa distinção, muitos passaram a sustentar que, daquelas duas dimensões que depreendemos anteriormente do texto constitucional, somente o caráter da presunção de inocência como *regra do juízo*, na qualidade de atribuição à acusação do ônus da prova para

³⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. *Temporalidade, constitucionalismo e democracia*. Revista Humanidades, Brasília, nº 58, junho de 2011, p. 33-43.

além de qualquer dúvida razoável, tinha sido assegurado pelo texto constitucional. Para esses autores, a dimensão normativa de *dever de tratamento* do acusado como inocente estaria ligada à ideia de “presunção de inocência” em detrimento da qual o constituinte teria privilegiado uma ideia de “presunção de não-culpabilidade”.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a absoluta artificialidade da distinção. A menos que o constituinte tivesse expressamente disposto o contrário, não há como se sustentar que, numa dimensão semântica, “inocência” e “não-culpabilidade” não digam respeito, no que se refere àquele contra quem se move o processo penal, ao mesmo estado processual. O vocábulo “culpado” se constitui como oposto semântico (antônimo) do vocábulo “inocente”, de modo que aquele que não pode ser “considerado culpado”, necessariamente deve ser considerado inocente – sendo-lhe assegurado, por via de consequência, a dupla dimensão da presunção de inocência como *regra do juízo* e como *dever de tratamento*.

Não se pode negar que há, necessariamente, uma diferença semântica entre a opção pela construção “ninguém será considerado culpado” ao invés de uma construção como “todos são considerados inocentes” – admitir o contrário seria deixar de levar a sério o texto constitucional e as relações de sentido inerente a toda e qualquer operação de escolha de palavras. Essa diferença semântica não se dá, entretanto, no nível da qualidade do acusado (que antes do trânsito em julgado de sentença condenatória deve ser considerado não culpado – e, portanto, inocente), mas no nível do que é efetivamente objeto de prova no processo penal. Com efeito, a opção pela terminologia da “não-culpabilidade” em detrimento da terminologia da “inocência” importa em reforçar, de forma eloquente, que a culpa do acusado é que é objeto de prova no processo penal, jamais sua inocência. Tal opção, por sua vez, se presta a impedir veementemente que a presunção de inocência

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

(ou de não-culpabilidade, como queira) seja virada ao avesso – ou seja, só há condenação se, em primeiro lugar, a culpa do acusado for provada para além de qualquer dúvida razoável. A operação hermenêutica do intérprete no processo penal sempre partirá da prova (ou não) da culpa do acusado em direção à sua condenação (ou absolvição), jamais do resultado do processo, concebido aprioristicamente, em direção à análise da prova (ou não) da culpa.

Nada obstante, para os fins do presente parecer, importa recuperarmos, sob um viés filosófico-hermenêutico, que o recurso a essa artificial distinção entre inocência e não-culpabilidade com o objetivo claro de restringir a amplitude de direitos fundamentais não se sustenta à luz da hermenêutica constitucional típica do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para que tal ponto fique claro, é imprescindível a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação para que possamos compreender adequadamente o próprio sentido (e os “limites”) de qualquer direito. Nessa linha, lembramos que normas gerais e abstratas não são capazes, por si só, de coibir a chamada *fraudem legis*, como já percebia FRANCESCO FERRARA:

“Com efeito, o mecanismo da fraude consiste na observância formal do ditame da lei, e na violação substancial do seu espírito: *tantum sententiam offendit et verba reservat*. O fraudante, pela combinação de meios indirectos, procura atingir o mesmo resultado ou pelo menos um resultado equivalente ao proibido; todavia, como a lei deve entender-se não segundo o seu teor literal, mas no seu conteúdo espiritual, porque a disposição quer realizar um fim e não a forma em que ele pode manifestar-se, já se vê que, racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito”⁴³.

⁴³ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2^a Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963. P. 151.

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Complementando tal raciocínio, FERRARA afirma que, se o *telos* de uma determinada lei deve ser levado em consideração no momento de sua interpretação, ele o faz justamente como complemento à outra crítica por ele tecida, segundo a qual a mera análise literal de um determinado enunciado normativo pode levar à consagração de pretensões abusivas, haja vista que o sentido literal é tido como incerto, indeterminado. “Também os que atuam *in fraudem legis*” pontua FERRARA, “observam o sentido literal da lei, e, no entanto, violam o seu espírito.”⁴⁴ Para FERRARA, portanto, a interpretação legal há de levar em conta não só a literalidade do dispositivo interpretado, mas também a sua “substância”, o seu “espírito”, a sua finalidade dentro do ordenamento jurídico.

Anos mais tarde, prosseguindo o projeto teórico de FERRARA (ainda que não de forma consciente, dado que não se tem notícias de que a produção dos dois autores tenha dialogado entre si), RONALD DWORAKIN, partindo de uma concepção filosófico-hermenêutica muito mais sofisticada, irá afirmar justamente a indispensabilidade de observância da produtiva tensão entre forma e conteúdo quando da interpretação constitucional.

Para ele, o Direito, enquanto prática interpretativa, se desenvolve, na modernidade tardia, mediante textos ou equivalentes a textos. É a partir daí que é desenvolvida a teoria do Direito como integridade, a qual significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípios (leia-se: uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum), bem como, em uma dimensão diacrônica, sua leitura (do Direito) à melhor luz de sua história institucional,

⁴⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2^a Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963. P. 140.

compreendida como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.

Pois bem, partindo dessa incontornável tensão entre formalidade e densificação vivencial da comunidade de princípios constituída pela Constituição, não se afigura como constitucionalmente plausível a tese segundo a qual é possível a presunção de não-culpabilidade não compreende a dimensão de *dever de tratamento* do réu como inocente durante o processo e se coaduna com a antecipação cumprimento da pena de prisão frente ao marco temporal categoricamente eleito pelo constituinte para tal (trânsito em julgado da sentença penal condenatória).

Primeiramente, porque a história constitucional brasileira, conforme já explorado acima, não autoriza tal interpretação. Se a tese permissora do cumprimento antecipado da pena vigeu até a primeira guinada jurisprudencial, em 2009, isso ocorreu porque os Ministros que pacificaram o entendimento da referida tese, fizeram-no, conforme bem apontado na petição inicial⁴⁵ da ADC nº 43, com base em “*interpretação retrospectiva*”⁴⁶ da tese vigente ainda sob a Carta de 1969.

Ou seja, o art. 5º, LVII, da CF/88, ao estabelecer o trânsito em julgado como único marco processual determinador da culpabilidade estrita do réu, representou inovação sem precedentes em nossa história constitucional. Nada obstante, a interpretação que se seguiu a esse

⁴⁵ “A Constituição Federal de 1988, desde que entrou em vigor, condicionava o estabelecimento definitivo da culpa ao “transito em julgado” da “sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Tratava-se de importante inovação em nossa história constitucional. Nada obstante, nas primeiras oportunidades em que o STF se manifestou sobre o tema, ainda prevaleceu, data vénia, a chamada “*interpretação retrospectiva*”, mantendo-se entendimento vigente à luz da Constituição de 1969.” (§ 8º da petição inicial da ADC nº 43).

⁴⁶ Pontue-se, a propósito, a contundente crítica tecida pelo Ministro ROBERTO BARROSO a esse tipo de interpretação: “Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que e[stá] a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.” (**BARROSO, Luis Roberto**. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Rio de Janeiro, Saraiva, 4ª ed., 2001, p. 71).

novo princípio, cuja gênese se liga ao próprio alvorecer do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil, ainda carregava consigo os supostos hermenêuticos típicos do paradigma anterior.

Assim, a dimensão histórico-institucional da interpretação constitucional não autoriza o retorno à jurisprudência do STF anterior a 2009, na medida em que tal retorno não representa uma simples e inocente alteração de entendimento, mas, pelo contrário, um retorno ao viés hermenêutico típico da Carta de 1969, com a frequente confusão de argumentos de política (materialização de fins eleitos) com argumentos de direito, os quais, sempre que em oposição a essas políticas de Estado, eram colocados de lado, ainda que se comprometesse a própria formalidade constitucional.

Em segundo lugar, a recente guinada jurisprudencial do STF não encontra amparo também na própria literalidade constitucional e infraconstitucional. Basta, para tanto, a simples leitura do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e do art. 283 do Código de Processo Civil.

Ambos os dispositivos são claros ao prescreverem que o único marco temporal e processual a ensejar a execução da pena é o trânsito em julgado, admitindo-se no curso do processo tão somente as hipóteses de prisão cautelar, interpretadas restritivamente.

Desenvolvendo o raciocínio por outra linha, MARTIN HEIDEGGER é preciso ao discorrer sobre a possibilidade de atribuição de sentido na interpretação:

“Toda interpretação se funda na compreensão. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se prelineou como possibilidade de articulação. Na medida em que a proposição ('o juízo') se funda na compreensão, representando uma forma derivada de exercício de interpretação, ela também possui um ‘sentido’. O sentido, porém, não pode ser

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar.”⁴⁷

Como se vê, a atribuição de sentido não ocorre, e isso é indubitável, quando do ato de julgar somente, ou seja, quando da própria interpretação. E não ocorre, precisamente, porque há um pano de fundo compartilhado de silêncio, ou seja, um paradigma, a informar e a moldar a própria possibilidade de interpretação.

Contudo, o que é interpretação? Será que interpretamos apenas textos? Nesse passo, temos que nos referir, ainda que rapidamente, a HANS-GEORG GADAMER, aluno de HEIDEGGER.

A denominada virada hermenêutica que empreendeu GADAMER vincula-se à tradição teorética da hermenêutica filosófica, uma corrente de pensamento na história da filosofia que se dedica ao estudo do estatuto das denominadas ciências do espírito, das ciências humanas e sociais. A sua importância para nós reside, precisamente, no impacto que sua obra produzirá sobre o conceito de ciência em geral, encontrando-se na raiz do conceito de paradigma de THOMAS KUHN, a informar toda a atual filosofia da ciência.

O conceito de paradigma apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante **rupturas**, através da tematização e explicitação de aspectos centrais das grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de funda naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades

⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. São Paulo: Editora Vozes. 2002. Volume I. Página 211.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

Nesse sentido, devemos repetir que a introdução do princípio da presunção de inocência, nos moldes encampados pela Constituição de 1988, representou verdadeira mudança de paradigma, verdadeira ruptura com a ordem constitucional anterior, regida pela Carta de 1969. No âmbito do STF, contudo, tal ruptura só viria a se materializar em 2009, quando a Suprema Corte efetivamente abandonou a controversa “interpretação retrospectiva”, para usar a potente terminologia conceitual do Ministro ROBERTO BARROSO, do princípio da presunção de inocência, relendo-o à luz dos supostos e exigências hermenêuticas do novo paradigma constitucional, do Estado Democrático de Direito, soerguido em nosso país não sem lutas e sofrimentos.

Dessa forma, quer sob o ângulo da história constitucional, quer sob o viés da literalidade normativa, a interpretação que admite a possibilidade de cumprimento antecipado da pena, tendo por base a artificial distinção entre não-culpabilidade e inocência, mostra-se como verdadeira *fraudem legis*, na medida em que é delineada em absoluta desconformidade com os sentidos possíveis e passíveis de articulação a partir da compreensão prelineada, ou seja, a partir do atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por fim, há de se mencionar o recorrente argumento utilizado no sentido de que os “*direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência*”⁴⁸.

⁴⁸ Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Páginas 37 e 38 do acórdão.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Ora, não se desconhece que direitos não são absolutos. É próprio da esfera normativa deontológica, especialmente no caso do Direito, o requisito de se lidar com normas contrárias em permanente tensão, sem que isso implique em contradição. Pelo contrário, como afirma HABERMAS, inspirado por DWORKIN, os opostos aqui são equiprimordiais e complementares, reciprocamente constitutivos dos respectivos sentidos. Não se trata de uma questão puramente semântica: valores e normas acarretam tarefas interpretativas diversas, exigindo das instituições sociais tratamentos respectivamente distintos.

Conflitos de valores e interesses requerem mediações e soluções institucionais que devem levar necessariamente em consideração argumentos de política, por meio de discursos programáticos e ético-políticos (por exemplo, em políticas públicas de combate à corrupção levadas a efeito pela Administração Pública, pelo Legislativo e pelo Ministério Público Federal).

Já a interpretação jurídica dada ao princípio da presunção de inocência (e ao equivocadamente chamado “princípio” do “combate à impunidade”) deve necessariamente se fundar em discursos de aplicação, próprios da atividade judicial. Não há que se falar, então, em um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com a Constituição e o ordenamento como um todo – entendidos, é claro, à luz da compreensão que compartilhamos dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade que reciprocamente nos reconhecemos enquanto Constituição viva, enquanto comunidade de princípios.

Dessa forma, precisamente porque os princípios são normas abertas, normas que não buscam regular sua situação de aplicação, para bem interpretá-los é preciso que o tomemos na integridade do Direito, ou seja, que sempre enfoquemos um determinado princípio

tendo em vista também, no mínimo, o princípio oposto, de sorte a podermos ver a relação de tensão produtiva ou de equiprimordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitutivamente os significados um do outro⁴⁹.

E o grande problema aqui, para os efeitos da presente consulta, é que o apontado “princípio” do “combate à impunidade” não é princípio, no sentido técnico-constitucional. É, na verdade, valor, política pública. Tal valor não pode ser “ponderado”. Ponderar o princípio constitucional da presunção de inocência com valores e políticas públicas de combate à impunidade criminal significa, na prática, quebrar a deontologia jurídica e trazer para a arena do discurso judicial, marcado por argumentos de direito, a preferência de programas sociais de maximização de bem estar coletivo, ou seja, argumentos de política.

Nessa toada, não podemos concordar com a seguinte afirmação, exarada pelo ilustre Ministro ROBERTO BARROSO:

“Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que **o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança**, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas”⁵⁰.

⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 144-146.

⁵⁰ Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Página 41 do acórdão.

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Além de imponderável com valores, o princípio constitucional da presunção de inocência não pode ser visto como gradativamente exaurido à medida que avança a marcha processual. Nesse sentido é a crítica de MARCELO CATTONI, professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais, a propósito do uso da ponderação de valores e interesses quando do julgamento do caso *Ellwanger*⁵¹ pelo Supremo Tribunal Federal:

“Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. (...) Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?”⁵²

Tal raciocínio pode ser perfeitamente aplicado ao presente caso: não existe meio princípio da presunção de inocência. Sua incidência se faz de maneira completa, hermeneuticamente exauriente, e só pode ser afastada quando outro princípio (jurídico), de mesma estatura e oposto, se afigure como aplicável em seu detrimento.

Mesmo que se conceba que a possibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório vai sendo reduzida ao longo do desenrolar do processo, não podemos afirmar que a presunção de inocência é menor por isso. Absolutamente, não. A presunção de inocência, enquanto direito fundamental, é constitucionalmente garantida até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a teor do art. 5º, LVII da Constituição Federal.

⁵¹ HC 82.424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Rel. p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÉA, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

⁵² OLIVEIRA, M.A. Cattoni de. *O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, 2006. P. 7.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Devemos, portanto, estar atentos às consequências hermenêuticas do entendimento firmado nos autos do HC nº 126.292/SP, sobretudo porque, como já alertamos, a manipulação estratégica do arcabouço constitucional é sempre possível.

Na Teoria da Constituição clássica, foi exatamente para enquadrar esse tipo de agir instrumental que KARL LOEWENSTEIN, na sua classificação ontológica, criou a categoria das constituições por ele qualificadas como “semânticas”. Essa categoria foi pensada por LOEWENSTEIN para agrupar as constituições que traíssem o sentido originariamente atribuído a essa invenção moderna ao se instituírem e funcionarem não mais como uma garantia dos cidadãos contra os eventuais ocupantes do poder institucionalizado; mas, ao contrário, como uma garantia dos detentores do poder contra os cidadãos⁵³.

Para a atual Teoria da Constituição, essas experiências históricas traem o próprio constitucionalismo e dele buscam abusar em proveito próprio, por isso mesmo, não podem sequer ser consideradas, a rigor, como experiências constitucionais.

VI. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O USO DA ESTATÍSTICA E DO DIREITO COMPARADO

Outro fundamento recorrente no presente debate se refere à invocação de dados estatísticos supostamente irrefutáveis, aptos a corroborarem a tese segundo a qual não há qualquer consequência mais grave em se permitir a execução provisória da pena, haja vista que a porcentagem de recursos extraordinários providos pelo STF seria insignificante.

Há, também, o argumento segundo o qual o princípio da presunção de inocência representa, da maneira como está positivado na

⁵³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Constituição Federal, verdadeira jabuticaba jurídica, na medida em que não encontraria correlato constitucional no mundo, tudo isso a indicar que não estamos em sintonia com o melhor direito comparado. Pois bem, passa-se, abaixo, à abordagem de cada um desses pontos.

Em primeiro lugar, quanto ao argumento estatístico, há de se lançar mão de excerto do voto do Ministro ROBERTO BARROSO, nos autos do HC nº 126.292/SP. Afirma Sua Excelência, valendo-se de “*dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF*”, o seguinte:

“No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”⁵⁴.

Ora, antes de tudo, faz-se premente breve digressão sobre o estatuto epistemológico da ciência contemporânea, apenas para que se estabeleça o local de autoridade do argumento científico/estatístico para os fins da presente discussão.

Qual a razão motivadora da atribuição, por muitos autores, do rótulo de pós-modernidade aos tempos em que vivemos, de forma a simbolizar uma peculiaridade equivalente àquela ocorrida na passagem da pré-modernidade para a modernidade?

A resposta se encontra, precisamente, na superação do mito da razão moderna. Mais precisamente, no balizamento daquela racionalidade humana do início da modernidade, a qual se achava capaz de revelar verdades eternas e imutáveis, situadas para além do conhecimento histórico⁵⁵.

⁵⁴ Trecho do voto do Ministro ROBERTO BARROSO nos autos do HC 126.292/SP. Página 33 do acórdão.

⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Página 27.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

NIKLAS LUHMANN e JÜRGEN HABERMAS, no entanto, ao invés de usarem o termo “pós-modernidade”, utilizam a expressão “modernidade tardia”. Por quê? Ora, para os autores, os tempos em que vivemos podem sim ser vistos como mais modernos que aqueles que marcaram o alvorecer do mundo moderno, mas o são na exata medida em que concebem a modernidade como um projeto inacabado.

Nesse sentido, para o paradigma científico atual, ciência é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma e que sempre se sujeita à possibilidade de sua falseabilidade. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, úteis para nós.

Essa breve digressão é importante para a reflexão acerca do estatuto epistemológico da análise estatística de direitos fundamentais na medida em que os dados apresentados pelo Ministro ROBERTO BARROSO deixam de fora, por exemplo, o assustador percentual de recursos especiais que são providos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que colocam em liberdade centenas de pessoas que haviam sido condenadas em segundo grau de Jurisdição.

Nesse sentido, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em sua petição de ingresso na ADC nº 43 como *amicus curiae*, assim informa:

“De acordo com análise de dados dos meses de fevereiro, março e abril de 2015, **atualmente cerca de 64% das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo com recursos da Defensoria Pública de SP são revertidas nos Tribunais Superiores, o que significa que esse será o percentual de pessoas que estarão cumprindo pena injustamente.**

Os dados da população prisional brasileira não deixam dúvidas de que os afetados por essa decisão serão os jovens pobres das periferias do Brasil, com incremento do processo de encarceramento em massa e consequente violação de direitos humanos da população prisional brasileira.”

Como se vê, há uma enorme diferença numérica e de perspectiva entre os dois modelos estatísticos apresentados. Enquanto o Ministro BARROSO afirma ser “irrelevante” o número de recursos extraordinários providos pelo STF, a Defensoria paulista argumenta, em sentido diametralmente oposto, que significativa maioria (64%) dos recursos por ela manejados nos Tribunais Superiores é acolhida, libertando considerável número de pessoas injustamente presas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

É de se notar, portanto, que direitos fundamentais não podem ser relativizados tendo por base, dentre outros, argumento estatístico supostamente irrefutável. A discussão havida nos autos do Habeas Corpus nº 126.292/SP não foi acompanhada da possibilidade de uma abertura da Suprema Corte à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição⁵⁶, conforme as exigências hermenêuticas do Estado Democrático de Direito, marcado, segundo aduz INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO sobre a teoria da constituição de PETER HÄBERLE, por “*uma visão republicana e democrática da interpretação da Constituição, centrada na ideia de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental*”⁵⁷.

Não se pode, assim, tomar por verdade inconteste dados estatísticos, ainda mais quando a valoração de referidos dados importar em cerceamento e restrição de garantias constitucionais.

Se algum valor há nos dados sobre o sistema carcerário brasileiro constantes do acórdão, tal importância deve ser, repita-se, balizada pelo estatuto epistemológico da ciência na modernidade tardia e por sua

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártilres. *As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998. P. 157-164.

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

necessidade de ser desenvolvida de maneira fundamentada e aberta à constante refutação de seus supostos. Só assim ela poderá ser chamada de ciência. Caso contrário, será mero dogma.

Sobre o **uso do direito comparado** no julgamento do HC nº 126.292/SP, é igualmente importante a tessitura de algumas reflexões sobre o tema.

Muito se falou sobre a peculiaridade constitucional e infraconstitucional do regramento brasileiro sobre a execução da pena de prisão, se compararmos nosso ordenamento jurídico com os de variados países do mundo.

Pois bem, em primeiro lugar, é preciso trazer à baila importante reflexão de CARLOS BASTIDE HORBACH, Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, acerca do uso do direito constitucional comparado pelo STF.

Segundo aponta HORBACH, muitas vezes “*Não há nos votos preocupação com a função das regras nos países de origem, mas simplesmente com seu teor literal*”⁵⁸, fazendo com que se incorra naquilo que o recém falecido Justice ANTONIN SCALIA chamava, ironicamente, de “*cherry-picking*” (literalmente, apanhar cerejas).

As conclusões alcançadas pelo professor da USP são extremamente instigantes, a saber:

“Ainda que a maioria dos exames tenha um fundo funcionalista, custa percebê-lo. Porém, não se tem uma preocupação contumaz com contextualizações, não há justificativa das razões que levam à citação deste ou daquele ordenamento estrangeiro — e aí se misturam fontes exteriores com autoridade maior ou menor, que se intercalam indistintamente —, não se enfatiza a ocorrência de eventuais fertilizações cruzadas (*cross-fertilizations*), não se busca estudar o direito vivente (*law in action*), mas preponderantemente

⁵⁸ HORBACH, Carlos Bastide. *Referências estrangeiras são constante no STF*. In: Consultor Jurídico, Observatório Constitucional, 10.11.2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf> (último acesso em 13.06.2016).

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

o direito vigente (*law in the books*) e, na maioria das vezes, as citações são meras ilustrações, que não passam — para utilizar as palavras anteriormente citadas de Scarciglia — de “partes ornamentais” dos acórdãos.

Isso realça a necessidade de uma revisão ampla do modo como o STF desenvolve seus argumentos de direito estrangeiro, buscando-se a introdução de uma metodologia que permita a seus ministros identificar quais os ordenamentos cuja proximidade com o brasileiro admite comparação, como as fontes desses ordenamentos devem ser analisadas pelo STF — com ênfase no direito vivente (*law in action*) — e quais os pressupostos teóricos comuns que tornam a utilização desses referenciais útil e legítima.

Somente assim poderá o STF cumprir uma vocação que está na sua gênese e que lhe dá uma característica enriquecedora, qual seja, a sua abertura natural ao diálogo jurídico internacional, por meio do direito comparado”⁵⁹.

Como se vê, são importantes as críticas e reflexões tecidas por CARLOS BASTIDE, na medida em que buscam desnaturalizar o uso seletivo e descontextualizado do direito comparado como sendo uma técnica essencialmente realista e descarregada de significação histórica.

Para os fins da presente consulta, mostra-se imprescindível a constatação de que a constante referência a países estrangeiros que admitem a execução provisória da pena de prisão como um argumento legitimador de sua aplicação correlata no Brasil é algo que deve ser visto com cautelas.

Dentre os vários países mencionados pelos Ministros nos autos do HC 126.292/SP, sobressaem a Alemanha e os Estados Unidos, os quais, a despeito das peculiaridades constitucionais, seriam exemplos a serem seguidos no que concerne à execução provisória da pena de prisão.

Ora, temos de ter em mente, antes de tudo, que as conjunturas atuais e as histórias constitucionais dos países comparados são absolutamente diversas.

⁵⁹ Idem.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

O sistema carcerário brasileiro vive, conforme decidido pelo STF nos autos da **ADPF-MC 347/DF**, um “estado de coisas inconstitucional”, ou seja, um estado de permanente violação de direitos e garantias fundamentais, o que não se verifica, absolutamente, nos países objetos das comparações.

Além disso, Alemanha e Estados Unidos possuem democracias já consolidadas no tempo. O Brasil, ao contrário, possui uma recente história de redemocratização, após longos anos de constantes e massivas violações de garantias individuais durante a Ditadura Militar (1964-1985).

Aliás, conforme visto anteriormente, a própria razão de ser do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 está ligada à conturbada história constitucional brasileira recente de redemocratização.

A significação, o simbolismo histórico-constitucional, que o princípio da presunção de inocência tem para o ordenamento jurídico brasileiro é completamente diferente daquele existente em outros países do mundo, exatamente porque as amplas violações de direitos humanos, de prerrogativas processuais e de garantias penais no Brasil não encontram similitude constitucional com a recente história vivida pelos ordenamentos jurídicos comparados com nosso país.

Tomemos, por exemplo, a comparação feita com os Estados Unidos da América. O Ministro GILMAR MENDES, a propósito desse ponto, tece o seguinte paralelo:

“Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislação processuais dos estados não costumam ser mais brandas”⁶⁰.

⁶⁰ Trecho do voto do Ministro GILMAR MENDES nos autos do HC 126.292/SP. Página 70 do acórdão.

A resposta para essa questão é dada pelo brilhante voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, a saber:

“É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal”⁶¹.

De fato, apesar de recorrentemente invocado no debate travado no STF, o fato de várias constituições preverem a presunção de inocência pouco diz. A Constituição brasileira de 1988 é impar no tratamento da questão. Não há apenas a abordagem do tema presunção de inocência, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, há disposição, clara e inolvidável, no sentido de que o marco temporal e processual apto a estabelecer a culpabilidade estrita do acusado é o trânsito em julgado, o que torna o recurso comparado algo problemático. Só se pode comparar o comparável.

Para se ter uma ideia da problemática, basta uma análise panorâmica no sistema recursal estadunidense. A Constituição americana prevê o duplo grau de jurisdição como direito do acusado, sendo o acesso à Suprema Corte visto não como um direito, mas como uma possibilidade. Isso porque, a cada ano a *Supreme Court* recebe milhares de *petition for certiorari*, com vistas a que os processos que tramitaram em Tribunais de segundo grau possam ser por ela examinados, escolhendo, no entanto, poucos deles para análise.

Com efeito, a Corte se debruça, durante quase metade do período forense, sobre essa massa de *petition for certiorari* e, dentre elas, escolhe não mais do que uma centena para apreciar, emitindo um *writ of*

⁶¹ Trecho do voto do Ministro CELSO DE MELLO nos autos do HC 126.292/SP. Página 88 do acórdão.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

certiorari para aqueles admitidos. Os milhares de casos rejeitados são também julgados, mas o são de maneira implícita: mesmo sem declinar qualquer razão sobre a não admissão, a Suprema Corte, apenas recusando-os, mantém a decisão emanada do Tribunal de segundo grau.

Como se vê dessa breve explanação, todo o sistema recursal dos Estados Unidos é moldado para que o acesso à Suprema Corte seja algo excepcional, para que a Jurisdição Constitucional estadunidense funcione apenas em demandas realmente importantes, escolhidas criteriosamente, e que nela chegam somente pela via incidental⁶². Confere-se, assim, um grande poder aos Tribunais Federais e Estaduais, os quais, como regra, possuem a última palavra sobre a grande maioria dos processos.

Dessa forma, é compreensível a alegada possibilidade de execução antecipada da pena de prisão no modelo americano. Execução essa que, na verdade, não pode ser tecnicamente sequer chamada de antecipada, na medida em que se prevê apenas o duplo grau de jurisdição, sendo o acesso à *Supreme Court*, grosso modo, um *plus*, uma mera possibilidade, a depender da própria escolha discricionária do Supremo Tribunal.

No Brasil, contudo, isso não se verifica. Achamos bom ou não, eficaz ou não, há a possibilidade de um acusado, após julgado e condenado por um Tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal, recorrer ao STJ e ao STF, pelas vias, dentre outras, do recurso especial e do recurso extraordinário – que, por sua própria natureza processual, impedem o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória).

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. P. 102-103.

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

Tudo isso, porque nosso ordenamento, apesar de beber em grande medida do exemplo desenvolvido nos Estados Unidos, não foi gestado de modo a garantir somente o duplo grau de jurisdição e a mera possibilidade de acesso ao STF. Absolutamente, não. A chegada de uma demanda ao Supremo, pela via incidental ou diretamente, é uma realidade a todos, gostemos dela ou não.

Toda a nossa organização processual, encabeçada pela Constituição de 1988, assim previu e assim condicionou a presunção de inocência como um direito do acusado até quando não lhe restar mais qualquer recurso, ou seja, até o trânsito em julgado.

Não se pode, portanto, repita-se, comparar o incomparável. Identificar pontos de contatos e exemplos de institutos jurídicos mais eficientes mundo afora não faz com que nossa Constituição, a brasileira de 1988, deixe de ser o que ela é.

Pode-se mudar isso? Até podemos, mas pela única via possível, é dizer, a Legislativa, e, mesmo assim, com uma reforma ampla, a modificar toda essa estrutura sistematicamente gestada pelo Constituinte. Caso contrário, se tal reforma for encampada por nossa Suprema Corte, como sinalizou a recente guinada jurisprudencial sobre o tema, estaremos diante da fantasiosa fábula do Barão de Münchhausen, o qual, conta a história anedótica, teria empreendido fuga de um pântano onde afundava, tendo conseguido por puxar os próprios cabelos e dele sair ileso.

Conclui-se, assim, que é possível se encontrar diversas experiências constitucionais em que o réu pode iniciar o cumprimento da pena antes da prolação de decisão irrecorrível acerca de sua culpa, sem que se diga, com isso, que a presunção da inocência deixou de ser observada. Não ser o marco temporal adotado necessariamente essencial para a verificação da presunção de inocência, entretanto, em nada muda o fato de que o constituinte originário de 1988 o elegeu de

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

forma eloquente – e essa opção necessariamente vincula o intérprete da Constituição e é isso que deve balizar a interpretação do STF.

Conforme bem dito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requerente na Ação Direta de Constitucionalidade nº 44/DF, cuja temática é a mesma da ADC nº 43/DF, “*Nós temos uma Constituição e, gostemos dela ou não, precisamos respeitá-la*”⁶³.

VII. CONCLUSÃO: DA PREMENTE NECESSIDADE DE SE RECUPERAR O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Há, no paradigma do Estado Democrático de Direito, uma tensão permanente entre a exigência de democracia (entendida como afirmação da soberania popular) e a cobrança de um governo que se deixe limitar pelo respeito aos direitos fundamentais – leia-se: pela Constituição. Constitucionalismo e democracia se afiguram, então, como opositos que, a um só tempo, se complementam e se requerem, em uma constante e complexa tensão produtiva.

Conforme já tivemos a oportunidade de indicar, ainda que de forma implícita, é fruto de um duro processo de aprendizado institucional a realização de que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da maioria eventual constitui-se em ditadura, na negação mesma da própria ideia de democracia, cujo conceito, depois da apropriação abusiva, à direita e à esquerda, do vocábulo “povo” por regimes autoritários no curso do curto século XX, passou a requerer como característica constitutiva de seu *ethos* o respeito às minorias, às regras do jogo.

A legitimidade de um poder Judiciário não eleito para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e políticas públicas reside

⁶³ Página nº 17 da petição inicial do requerente (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), nos autos da ADC nº 44/DF.

precipuamente na natureza contramajoritária dessa atividade, sendo certo que, no exercício estrito desse papel, o Judiciário pode contribuir decisivamente para o aprimoramento das políticas públicas. Sempre haverá, contudo, o risco de abusos no sentido de uma judicialização da política, ou seja, de que essa função contramajoritária seja invocada para legitimar que o Judiciário se sobreponha aos demais atores institucionais no trato da política.

Nesse contexto, o papel assumido pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP se mostra bastante problemático. Isso porque, como já tivemos a oportunidade de demonstrar, o reestabelecimento da orientação jurisprudencial anterior ao HC nº 84078-7/MG se deu mediante recurso a argumentos de política, “juridificados” sob a invocação do etéreo manto da efetividade da jurisdição penal.

O constitucionalismo democrático contemporâneo não admite que direitos e garantias fundamentais sejam tratados como se políticas fossem. Nossa história constitucional e nossa Constituição não admitem que vontades de maiorias momentâneas sejam utilizadas como parâmetro interpretativo de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência a partir da invocação de objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como a busca pela efetividade da Jurisdição e pelo combate à impunidade.

Dito de outra forma, é absolutamente inaceitável a invocação de razões abstratas contingentes, como a efetividade da jurisdição, para, a pretexto de se tentar garantir direitos, promover-se a efetiva aniquilação de garantias individuais constitucionalmente garantidas, como o estado de inocência que vige até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, LVII da Constituição.

Assim, o art. 283 do Código de Processo Penal mostra-se, por um lado, absolutamente consentâneo com nossa sofrida história

MENELICK DE CARVALHO NETTO
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG

MATEUS ROCHA TOMAZ
Advogado

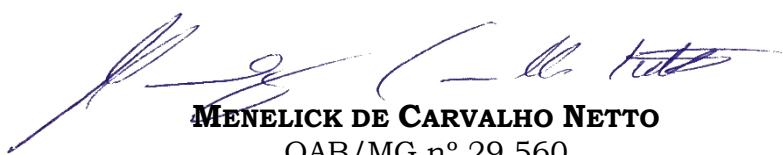
MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
Advogado

constitucional e, por outro, como densificação normativa adequada da garantia prefigurada no art. 5º, LVII, da Constituição, que formalmente prescreve o trânsito em julgado como único momento possível a ensejar a execução da pena de prisão. É absolutamente constitucional, portanto, referido dispositivo legal.

Mais do que nunca, faz-se presente o alerta de LUIGI FERRAJOLI, que, argumentando contra a trivialização das prisões cautelares em face da presunção de inocência, vai se contrapor ao clamor social pela punição imediata do “*delinquente ainda não julgado*”, através de excerto que muito diz à discussão ora travada e à apropriação do argumento da efetividade da jurisdição penal pelo STF. Nas palavras do autor, “*essa ideia primordial de bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas*”.

É o que nos parece.

Faculdade de Direito da UnB, 15 de junho de 2016.



MENELICK DE CARVALHO NETTO
OAB/MG nº 29.560

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UnB
Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG



MATEUS ROCHA TOMAZ
OAB/DF nº 50.213
Mestrando em Direito
Constitucional pela UnB



MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS
OAB/DF nº 50.294
Mestrando em Direito
Constitucional pela UnB