

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA “PRESUNÇÃO ” DE
INOCÊNCIA A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
ADCS 43 E 44**

JULIANA COELHO DOS SANTOS

Rio de Janeiro

2017/2

JULIANA COELHO DOS SANTOS

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA “PRESUNÇÃO” DE
INOCÊNCIA A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
ADCS 43 E 44**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

SS237f Santos, Juliana Coelho dos
A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
"PRESUNÇÃO" DE INOCÊNCIA A PARTIR DA DECISÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCS 43 E 44 /
Juliana Coelho dos Santos. -- Rio de Janeiro, 2017.
86 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Princípio da Inocência. 2. Supremo Tribunal
Federal. 3. flexibilização. 4. hermenêutica. I.
Gonçalves, Rodrigo Machado, orient. II. Título.

JULIANA COELHO DOS SANTOS

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA “PRESUNÇÃO” DE
INOCÊNCIA A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
ADCS 43 E 44**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

Dedico este trabalho à Dona Leni e à Dona Juraci (*in memoriam*), as quais tenho imenso orgulho de chamar de avós, por serem exemplos que tanto me inspiram. Nenhum ensinamento acadêmico será capaz de superar o que aprendi com essas mulheres guerreiras!

Agradeço a Deus, pela proteção diuturna, força e sabedoria. Aos mestres que participaram da minha formação, em especial, ao meu orientador e amigo Professor Rodrigo, cuja admiração transcende a estas páginas e cujos ensinamentos levarei por toda a vida. Aos familiares, que mesmo distantes me deram apoio irrestrito. E aos amigos Iago e Lenilson, por seus conselhos, risadas, paciência e ajuda.

“Se ainda há inocentes a defender, se ainda há abusos a reprimir, se há ainda dores causadas pela injustiça e leis promulgadas para as sarar, o Pretório continua jovem e a juventude não é melancólica, porque tem o futuro diante dela.”

(Piero Calamandrei)

RESUMO

Examinando a decisão liminar das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, a presente monografia analisará a importância do Princípio da Inocência para o Direito Constitucional e para o Direito Processual Penal brasileiros. Com um panorama entre a rigidez constitucional, os limites materiais ao poder de reforma e o poder-dever do Supremo Tribunal Federal, será demonstrada a essencialidade de tais institutos para um Estado Democrático de Direito. Com a crítica ao primado da interpretação sobre o texto formal da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, serão debatidos aspectos da mixagem teórica que esvazia o conteúdo de garantias fundamentais do cidadão. Adentrar-se-á na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Inocência, constatando a dificuldade do abandono de tendências inquisitoriais e autoritárias nas decisões da Corte. Através de blocos argumentativos, será feita uma abordagem neutra dos argumentos dos ministros sobre a execução provisória da pena, para que, a partir de uma leitura dialogal, se conclua pela compatibilidade (ou não) da fundamentação aos preceitos democráticos firmados na Constituição Republicana. Serão abordados os impactos da flexibilização do Princípio da Inocência no Processo Penal, com ênfase nos dualismos entre “cidadão” e “inimigo” e entre liberdade individual e segurança social, a fim de revelar os perigos da cultura emergencial e do processo penal do espetáculo para a democracia. Diante da pendência do julgamento de mérito das ADCs 43 e 44, será traçado um prognóstico para o Princípio em apressa, demonstrando que a opção político-simbólica do STF está em desacordo com as balizas garantistas da Constituição da República.

Palavras-chave: Princípio da Inocência; Supremo Tribunal Federal; hermenêutica; Processo Penal; Direito Constitucional; flexibilização.

ABSTRACT

Examining the preliminary ruling of the Direct Actions of Constitutionality 43 and 44 this monograph will analyze the importance of the Principle of Innocence for Brazilian Constitutional Law and Criminal Procedural Law. With a panorama between constitutional rigidity, the material limits to the power of reform and the power-of-duty of the Federal Supreme Court, the essentiality of such institutes for a Democratic State of Right will be demonstrated. With a critique of the primacy of interpretation over the formal text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, aspects of the theoretical mix that empty the content of the citizen's fundamental guarantees will be addressed. It will follow the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the Principle of Innocence, noting the difficulty of abandoning inquisitorial and authoritarian tendencies in the decisions of the Court. Through argumentative blocks, a neutral approach will be taken to the arguments of the ministers on the provisional execution of the sentence, so that, from a dialogical reading, it concludes by the compatibility (or not) of the grounds for the democratic precepts established in the Republican Constitution. The impact of the Flexibility of the Principle of Innocence in Criminal Procedure, with emphasis on the dualisms between "citizen" and "enemy" and between individual freedom and social security, will be addressed in order to reveal the dangers of the emergency culture and the criminal process of the spectacle to democracy. Faced with the pending judgment of the merits of ADCs 43 and 44, a prognosis will be drawn for the Principle in haste. Faced with the pending merit judgment of ADCs 43 and 44, a prognosis for the Principle will be drawn in haste, demonstrating that the STF's political-symbolic option is at variance with the guarantor beacons of the Constitution of the Republic.

Key-words: Principle of Innocence; Federal Court of Justice; hermeneutics; Criminal proceedings; Constitutional right; flexibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UM PANORAMA ENTRE A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL, OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E O PODER-DEVER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	15
1.1 O primado da interpretação sobre o texto formal da CRFB/88.....	27
2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DE UMA CLÁUSULA INDECIDÍVEL	39
2.1 O Princípio da Inocência em xeque: o passo a passo da desconstrução democrática que culminou com o julgamento das ADCs 43 e 44.....	39
2.2 “ <i>Jura novit curia</i> ”: Como os ministros do Supremo Tribunal Federal entendem esse direito?.....	47
2.2.1 Argumentos a favor da execução provisória da pena	50
2.2.1 Argumentos contra a execução provisória da pena	55
3 AS IMPLICAÇÕES DO ENFRAQUECIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	60
3.1 Um prognóstico para o Princípio da Inocência.....	70
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	78

INTRODUÇÃO

Representando um marco garantista na história do país, jaz no topo da pirâmide kelseniana o texto que inaugurou o nosso processo de (re)democratização, com o abandono definitivo do antigo regime totalitário. Prestes a comemorar seu trigésimo aniversário, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sofre cotidianamente com descompassos que esvaziam seus preceitos mais básicos, ignorando de sobremaneira toda a lógica do Estado Democrático de Direito. Dessa vez, o vilipêndio atingiu o âmbito do processo penal e feriu em cheio o órgão vital da democracia que traz a imposição de somente considerar culpados e aplicar sanções como a prisão, àqueles que, após passarem pelo crivo do Poder Judiciário, tiverem decisão condenatória transitada em julgado. Com a decisão proferida nas ADCs 43 e 44, a exceção passou a ser regra e a cláusula indecível do Princípio da Inocência foi vítima de uma manipulação cognoscitiva¹ por parte do guardião que, por uma trágica ironia, também tem sido seu principal algoz: o Supremo Tribunal Federal.

Pela maioria de seis votos a cinco, os ministros e ministras da Suprema Corte desconsideraram o sistema democrático ao aniquilar a noção de processo como garantia contra a opressão e como concretizador da liberdade. Mediante a falácia de dar uma resposta sobre a impunidade e aos altos índices de criminalidade, ao arrepio de sua função de “guardião” da Lei Maior, o Supremo se utilizou de técnicas interpretativas e de argumentos metajurídicos para desenhar um novo cenário institucional, bastando agora uma decisão de mérito de segunda instância para que se inicie o cumprimento da sanção imposta, podendo o cidadão ser imediatamente conduzido ao cárcere mesmo na pendência de julgamento dos recursos de natureza extraordinária. Ainda que se operasse uma leitura meramente formalista e literal, seria impossível realizar tamanha flexibilização, posto que se trata de norma clara e objetiva que visa proteger o cidadão frente o poder punitivo do Estado. A Constituição Republicana está sangrando!

¹ GONÇALVES, Rodrigo Machado. 20 anos da Lei de “Interpretações” Telefônicas: “Paramaus” para você, apagaram as velinhas! In: SANTORO, Antonio Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.) **Interceptação telefônica, os 20 anos da Lei n° 9.296/96**. Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2016, p. 406.

Nesta lógica, o presente trabalho visa analisar os desdobramentos da decisão liminar proferida no âmbito das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, com ênfase nas searas do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A importância e atualidade do tema são claras, notadamente pela confrontação entre as formas constitucionais e as arbitrariedades na atividade hermenêutica, o que “*vem ensejando uma fissura cada vez mais profunda, uma séria crise de sustentabilidade político-jurídico-democrática, a qual não se pode ignorar*”².

Para situar o leitor sobre a problemática que se pretende formular, o primeiro capítulo será dedicado a uma abordagem conjunta sobre a rigidez constitucional, os limites materiais ao poder de reforma e o poder-dever do Supremo Tribunal Federal, demonstrando a compatibilização entre esses institutos e as noções de Estado Democrático de Direito. Em um subitem, serão analisados os contornos da atividade hermenêutica a partir de uma crítica ao primado da ação do intérprete em detrimento do texto formal da Constituição da República. Isso porque, sob a justificativa do “algo precisa ser feito”³ e não obstante a opção brasileira pela rigidez e pela superconstitucionalidade dos direitos e garantias fundamentais⁴, se amontoam as tentativas de alterar o sentido das normas das constitucionais a partir de técnicas hermenêuticas que se apoiam em subterfúgios para driblar sua estrutura regente.

Não há sentido, porém, na análise da recente decisão sobre o Princípio da Inocência sem o devido exame da trajetória desta garantia no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, a desconstrução democrática analisada não ocorreu paulatinamente, sendo fruto de uma intensa guerra de forças entre a democracia e a tirania inquisitiva, com batalhas vencidas por ambos os lados. Conforme ficará demonstrado no segundo capítulo, o histórico do Princípio Inocência na jurisprudência da Suprema Corte demonstra que a dificuldade do direito brasileiro em compreendê-lo é antiga, principalmente diante das notórias reminiscências inquisitoriais do Código de Processo Penal de 1941, forjado sob a égide do regime militar.

² *Ibid.*, p. 407.

³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 179.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 40/41.

Não se pode desconsiderar que a Suprema Corte, movida pelo primeiro impacto sobre os acontecimentos e buscando atender aos anseios da população – compreendida aqui como conjunto de homens e mulheres “médios”, completamente alheios à possibilidade de sofrer com a persecução penal –, travou uma “cruzada” contra a criminalidade, sustentando, para tanto, respostas reativas e desamparadas de um viés democrático. O primado pelo respeito às regras do Direito Processual Penal foi então substituído pelo “canto da sereia” e, no seio social, se abriu espaço para o sacrifício de garantias fundamentais do cidadão a fim de se alcançar “o bem maior”.⁵ Essas “*interpretações sobre a lei (ação dos intérpretes)* [são inconstitucionais,] *ignoraram os preceitos constitutivos da Carta Republicana e tornaram-na um instrumento de validade da intervenção desenfreada, manipulada*”⁶.

No que tange à motivação das decisões judiciais, verifica-se que ela, por si só, não é capaz de compatibilizar a tutela jurisdicional aos preceitos democráticos, posto que nem todo argumento é capaz de fundamentar (corretamente) uma decisão judicial. Neste diapasão, no subitem do segundo capítulo serão analisados os principais argumentos trazidos pelos ministros do STF quando do desprovimento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44. A fim de realizar um estudo neutro a partir de blocos argumentativos, optou-se por destacar os principais pontos à favor e contra a execução provisória da pena, sem, contudo, atribuí-los a este ou aquele ministro. Com essa abordagem, os votos de ambas as correntes poderão dialogar entre si, de modo que, a partir de uma leitura comparativa, será possível concluir pela compatibilidade (ou não) desses argumentos aos preceitos democráticos firmados na Lei Maior.

Por derradeiro, o último capítulo se debruçará sobre as implicações do enfraquecimento do Princípio Constitucional da Inocência no Processo Penal Brasileiro. Para tanto, serão destacados os dualismos entre liberdade individual e segurança social⁷ e entre “cidadão” e “inimigo”⁸, que demonstram a vagueza da sanha punitivista e a ausência de uma pré-ocupação democrática. Vê-se que a “*cultura emergencial engendra no sistema um caráter repressivo ilimitado, de tal sorte*

⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? In: In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2014, p. 148/149.

⁶ GONÇALVES, *op. cit.* p. 406.

⁷ CHOUKR, *op. cit.*, p. 34.

⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 47.

que atinge toda a estrutura jurídica e delinea uma nova plataforma instrumental, que ignora as determinações libertárias da Constituição e torna a liberdade exceção.”⁹ Ademais, lançando mão do conteúdo tridimensional do Princípio da Inocência, serão verificados os perigos da interpretação antidemocrática realizada pela Suprema Corte, construindo assim um prognóstico para esta garantia fundamental.

Na luta por um processo penal mais humano, justo e democrático, resistir contra essa onda de abusos e arbitrariedades cometidos pelo Poder Judiciário tornou-se uma necessidade.¹⁰ Isto posto, mais do que uma análise doutrinária ou jurisprudencial, o presente trabalho tem como objetivo “*manter a resistência contra qualquer tipo de desvio [...], de modo a que saibam todos que não se pode fazer o que quiser, principalmente contra a Constituição.*”¹¹ A opção pela nomenclatura “Princípio da Inocência” elucida este resistir, porque enfatiza a inocência dos cidadãos como limite estabelecido no texto constitucional que não pode ser desobedecido através de uma mera manipulação de sentido. A fim de elucidar a autodeterminação da Constituição da República em elevar o Princípio da Inocência ao patamar que lhe é de direito, todas as passagens em que a garantia aparece serão grafadas com letras maiúsculas – com exceção das citações –, “*de modo a que se possa ter uma base mais sólida e capaz de sustentar a resistência*”.¹²

De fato, será impossível ver tardes felizes no Supremo Tribunal Federal¹³ enquanto forem admitidas rupturas institucionais às custas do mais alto (e perigoso) preço: a negação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 416.

¹⁰ POLI, Camilin Marcie de. **As funções dos sujeitos processuais no Processo Penal Democrático**. São Paulo: Justificando, 04 out. 2017. Disponível <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/04/as-funcoes-dos-sujeitos-processuais-no-processo-penal-democratico/>>. Acesso em 21 out. 2017.

¹¹ MIRANDA COUTINHO, *op cit.* p. 150.

¹² *Ibid, loc. cit.*

¹³ Alusão à fala do Ministro Marco Aurélio após a votação do HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016: “*Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.*”

1 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UM PANORAMA ENTRE A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL, OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E O PODER-DEVER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A comissão de juristas responsável pelo Projeto de 1988, buscando garantir a supremacia da Constituição e a máxima proteção dos direitos e garantias individuais, trouxe ao texto constitucional as noções de rigidez, de limites materiais ao poder de reforma e de controle de constitucionalidade. Para fins didáticos, tais institutos serão abordados conjuntamente, posto que, como bem assevera Gilmar Mendes¹⁴, suas definições e finalidades se complementam:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da superlegalidade das normas constitucionais.

Nesta linha, a necessidade de preservar os direitos fundamentais de seus cidadãos fez com que vários países, dentre eles o Brasil, positivassem direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em textos constitucionais. Essa tendência teve seu estopim na experiência traumática com os regimes fascistas eleitos durante a Segunda Guerra Mundial, os quais contribuíram para o entendimento de que mesmo em uma “democracia”, é possível que as próprias instituições violem liberdades individuais.¹⁵ Partindo da ideia de que a opressão não é incompatível com o direito, vale lembrar que o Estado Fascista italiano e o Estado Nazista alemão também se revestiam com o manto do Estado de Direito, utilizando juristas e juízes como peões do jogo autoritário.¹⁶

A repercussão do segundo pós-guerra também acendeu a consciência da comunidade internacional de formalizar em documentos normativos “*os valores fundamentais de respeito à*

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119.

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 04.

¹⁶ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 59/60.

pessoa humana como pressupostos para a convivência harmônica entre as nações".¹⁷ O fruto dessa tendência foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujas previsões abarcaram garantias relativas ao “justo processo”, dentre as quais se destaca um pilar fundamental ao direito à tutela jurisdicional: o Princípio da Inocência. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis de 1966 reafirmou o Princípio da Inocência como garantia fundamental e necessária para um processo penal (mais) justo, com o estabelecimento de direito mínimos em favor de todo acusado. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica –, também foi consagrado de forma expressa o Princípio da Inocência no continente americano.¹⁸

De acordo com a crítica de Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁹, a simples enumeração de garantias fundamentais não teria aplicabilidade prática no âmbito internacional, posto que as Nações Unidas não possuem uma corte habilitada para fazer valer os direitos declarados, isto é, diante da inexistência de mecanismos eficientes para assegurar sua observância, as garantias não passariam de recomendações com valor meramente político. No plano interno brasileiro, ao revés, além da previsão exaustiva de direitos no texto constitucional, optou-se por incumbir a Suprema Corte da tarefa de resguardá-los. Ocorre que, conforme será visto adiante, esta “fórmula mágica” não se reproduz (verdadeiramente) no mundo dos fatos.

Isto posto, nas experiências constitucionais modernas, uma reviravolta substituiu o antigo sentido de democracia como regra da maioria pela “democracia constitucional”, cuja essencialidade reside na proteção dos direitos das minorias em uma Lei Maior, um texto que estaria (ou deveria estar) sob a guarda de cortes ou tribunais responsáveis por monitorar violações a direitos. Para Rodrigo Brandão²⁰, “*ao evitar que a democracia se degenere em uma tirania da maioria mediante a proteção dos seus pressupostos morais, a jurisdição não acarretaria lesão, mas fortalecimento da democracia*”. Desta forma, “*o Estado Constitucional*

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 18.

¹⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 51.

¹⁹ *Ibid*, p. 19.

²⁰ *Ibid*., p. 05.

representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização”²¹. Afinal, em nenhum momento a Constituição obstrui (e nem quer obstruir) a democracia, mas, ao contrário, ao prever regras contramajoritárias que subtraem de maiorias eventuais a possibilidade de decidir sobre determinadas matérias, o texto constitucional não se reveste necessariamente com meras ataduras, e sim, com a intenção de ser promotora última da liberdade.²²

Para o Brasil, a Carta de 1988 simbolizou um marco jurídico no processo de (re)democratização, deixando para trás o problemático período de autoritarismo para dar espaço aos novos contornos da pátria amada (agora) garantista. Nesse aspecto, destaca-se a interessante opção do legislador constituinte originário de iniciar o texto da nova Constituição da República com os direitos e garantias individuais, trazendo à tona um interesse simbólico de deixá-los como “abre alas” da Lei Maior.²³ O novo desenho de Estado de Direito brasileiro expressou seu compromisso com a idealização dos direitos fundamentais, trazendo limites legais ao poderio estatal *“a fim de evitar novos holocaustos e permitir o exercício da máxima liberdade”*²⁴.

O constituinte originário, atento às particularidades da nova Carta Magna e ciente dos perigos de esvaziamento de seu conteúdo garantista²⁵, optou por inserir, no próprio texto constitucional, mecanismos para evitar a ocorrência de rupturas institucionais. Isso porque, em um contexto de (re)democratização, é imperioso frear as tentativas de dilapidação da Constituição da República e dos pilares do Estado Democrático de Direito que dela decorrem. Nesse sentido, aduz Lenio Streck²⁶:

A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque substitui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

²² *Ibid.*, p. 75/77.

²³ BRANDÃO, 2008, *op. cit.*, p. 40.

²⁴ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 20.

²⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 212.

²⁶ STRECK, 2011, *op. cit.* p. 78.

Rubens Casara²⁷, no mesmo sentido, entende que “*na busca da radical democratização da sociedade, a Constituição deve ser entendida como o desenho que se faz da sociedade que se pretende construir, um projeto normativo de vida digna para todos, um porvir histórico*”. Assim, considerando a extensa gama valorativa, bem como o conteúdo programático e diretivo da Constituição da República, “*qualquer postura que negue, por exemplo, o bem estar ou a igualdade material, previstos no preâmbulo da Carta Magna de 1988, é inconstitucional*.”²⁸

Por isso, os textos constitucionais são concebidos para durar no tempo, visando proporcionar uma certa garantia de estabilidade à vida social. Contudo, conforme leciona Gilmar Mendes²⁹, as Constituições podem ser alteradas com intuito de regenerá-las, adaptando-as a novos contextos e fatos sociais. Tem-se, por um lado, que engessar completamente um texto constitucional pode criar um perigoso anacronismo, com a vinculação total do indivíduo do presente às decisões tomadas no passado. Mas é imprescindível ter em mente que estabelecer um procedimento de alteração mais rigoroso do que o imposto à legislação infraconstitucional acaba também por afastar “*os efeitos nefastos das contínuas rupturas na ordem constitucional*”³⁰.

Nesse sentido, a rigidez ou a flexibilidade é apurada através do grau de formalidades requeridas para a mudança do texto constitucional. Constituições rígidas caracterizam-se pela exigência de procedimentos especiais e dificultosos para sua alteração, que carecem da concordância de maiorias parlamentares elevadas. Do atributo da rigidez decorre o princípio da soberania da Constituição, pressuposto que a coloca em nível hierárquico superior em relação às demais leis, no topo da pirâmide kelseniana de escalonamento normativo. Por essa lógica, as normas constitucionais, enquanto matrizes do ordenamento jurídico, devem prevalecer sobre todos os outros atos normativos e servir, ao mesmo tempo, como seu fundamento último.³¹

²⁷ CASARA, R. R. Rubens. **Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003, p. 190.

²⁸ *Ibid.*, p. 201.

²⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 119/121.

³⁰ *Ibid.*, p. 118.

³¹ *Ibid.*, p. 62.

Numa Constituição rígida, tal qual a Constituição Brasileira de 1988, o legislador reveste a Lei Maior com uma blindagem que, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior³², pode ser sintetizada através do binômio “*evolução-estabilidade*”: ao mesmo tempo em que acompanha a mudança das forças sociais, cabe à Constituição um procedimento diferenciado para a reforma de seu texto formal, que seja capaz de garantir maior reflexão, debate e ponderação.

Da rigidez constitucional, decorre outro instituto que objetiva a preservação do texto constitucional. Existe a imposição ao poder constituinte reformador, de uma cautela ímpar em relação à matérias (explícita ou implicitamente) relevantes, cujo conteúdo mínimo deve ser imutável. Importante asseverar que, na ordem jurídica vigente, o significado último dos chamados limites materiais ao poder de reforma (cláusulas pétreas, cláusulas indecíveis ou cláusulas de perpetuidade), está em prevenir que um processo de erosão culmine na supressão total ou parcial da *ratio* das normas protegidas.³³

Sublinhe-se que os incisos do art. 60, §4º da CRFB/88³⁴ trazem os temas que não podem sequer ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional e, mais do que isso, não são passíveis de emenda tendente a aboli-los. Para Cunha Júnior³⁵, “*a proibição constitucional alcança qualquer proposta de emenda inclinada a suprimir qualquer valor subjacente àquelas matérias*”. A consequência (esperada) desta previsão, é o afastamento dos decisionismos perpetrados por quaisquer dos três poderes estatais, revestindo o dispositivo constitucional de tamanha proteção, a ponto de imputar àquelas cláusulas a característica da indecidibilidade.

Por isso, eliminar ou atrofiar o conteúdo de uma cláusula pétrea são ações rechaçadas no projeto de 1988, uma vez que enfraquecem princípios básicos garantidos no texto constitucional. Significa dizer que a (principal) razão que levou o constituinte originário a estabelecer limitações materiais ao poder de reforma reside na busca pela manutenção da própria identidade da

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 119.

³³ MENDES, *op. cit.*, p. 123.

³⁴ Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 251.

Constituição da República, posto que as cláusulas pétreas representam, justamente, seu núcleo político-essencial.³⁶

No que tange aos direitos e garantias fundamentais, a proteção decorre da necessidade de evitar “*restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais*”³⁷ a bens tão caros aos cidadãos, posto estes que funcionam “*como obstáculos ao exercício do poder, que asseguram a dimensão democrática do Estado*”.³⁸ É por isso que a existência de limites legais ao exercício do poder está de acordo com o compromisso da máxima realização dos direitos e garantias fundamentais³⁹, sobre os quais devem recair os chamados “limites dos limites” que decorrem da própria Constituição e “*referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas*”.⁴⁰

De efeito, a Constituição Republicana reservou inúmeros princípios para cuidar do processo penal, deixando claro sua intenção de torná-los inegociáveis, “*pois revestidos da condição de cláusulas pétreas do novo pacto civilizatório nacional*”.⁴¹ Essa especial atenção conferida às regras de natureza penal e processual penal revela a intenção de proteger a cidadania brasileira “*contra qualquer atentado à dignidade humana semelhante aos que foram vivenciados no país no período de ditadura vigente até o início dos anos 1980*”.⁴²

Com relação aos limites materiais explícitos ao poder de reforma, a linha cronológica das constituições brasileiras demonstra que até o advento do atual texto constitucional, era tradição considerar apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de estado como cláusulas pétreas. Essa sistemática foi alterada em 1988, momento em que foi atribuída, de acordo com as lições de Rodrigo Brandão⁴³, uma *superconstitucionalidade* aos direitos e garantias fundamentais.

³⁶ STRECK, 2011, *op. cit.* p. 76.

³⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 213.

³⁸ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 61.

³⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 211.

⁴¹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 38.

⁴² *Ibid.*, p. 61.

⁴³ BRANDÃO, 2008, *op. cit.*, p. 40/41.

Nesse sentido, o processo de constitucionalização do Princípio da Inocência e de outros direitos fundamentais trouxe algumas consequências jurídicas inafastáveis, denominadas por Luiz Flávio Gomes⁴⁴ como (super) garantias dos direitos e garantias fundamentais. Conforme leciona o autor, essas (super) garantias dividem-se em “não jurisdicionais” ou “jurisdicionais”. No bloco das (super) garantias “não jurisdicionais” destacam-se o atributo da aplicação imediata e da vinculação dos poderes públicos e particulares ao respeito dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. No que tange às (super) garantias “jurisdicionais”, deve ser garantido ao vitimizado o acesso à jurisdição para que, tendo direito líquido e certo, possa buscar a tutela do Poder Judiciário; em outro sentido, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais, isto é, a legislação infraconstitucional também deve curvar-se diante do conteúdo garantista da Carta Republicana.

Em se tratando de direito comparado, a tradição de prever cláusulas pétreas em textos constitucionais era rara até meados do século passado. Mas foi na esteira do constitucionalismo do século XX e dos textos aprovados no segundo pós-guerra, que se observou o crescente movimento tendente a introduzir as chamadas cláusulas de intangibilidade na maioria dos ordenamentos.⁴⁵ No que tange à inclusão expressa dos direitos fundamentais como limites ao poder de reforma, tenha-se sob enfoque a Constituição de Portugal de 1976 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Alemanha, que influenciaram fortemente o constituinte brasileiro por tocarem em matérias como os direitos dos trabalhadores, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico, a separação dos poderes, etc.⁴⁶

Quanto à concretude das cláusulas pétreas – sobretudo os direitos e garantias individuais – expressas na Constituição de 1988, passadas quase três décadas desde a sua promulgação, (ainda) se observa um debate com considerável protagonismo. É sabido que a Carta Magna vigente representou uma ruptura com o regime de exceção instituído pela ditadura militar, agregando ao ordenamento jurídico pátrio um catálogo de direitos fundamentais-sociais cujos

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 85, n. 729, p. 377/387, jul. 1996.

⁴⁵ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. 5 reimpressão. Madrid: Tecnos, 2000, p. 245/246 *apud* BRANDÃO, 2008, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶ BRANDÃO, 2008. *op. cit.*, p. 42/43.

contornos em nada se assemelham aos antigos conceitos da tradição liberal-individualista. Ocorre que, mesmo em uma democracia constitucional, no momento da atribuição de sentido a um preceito constitucional, o intérprete pode derrapar e assim submeter a sociedade a algo que ela própria, através de seus processos democráticos, não decidiu.⁴⁷

Tal problemática recai, justamente, sobre atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise de *leading cases* afetos ao repertório garantista da Constituição de 1988. Acrescente-se que a Constituição se tornou um campo fértil para o exercício da hermenêutica jurídica, posto que nela se amontoam termos vagos e plurívocos, bem como normas meramente programáticas, as quais cumprem o seu papel de impor metas ao Estado, sem, contudo, indicar o modo como fazer. Como consequência, com o advento da Lei Fundamental de 1988, a interpretação constitucional no Brasil ganhou força e tem motivado crescente interesse, sobretudo em razão da parcela significativa que a Suprema Corte detém nesse processo.⁴⁸

Vale dizer que, a despeito do conflito envolver a Suprema Corte e o texto da Constituição, não se sustenta o argumento de que a interpretação constitucional é exclusiva dos juristas e apenas relativa ao Direito. Ao contrário disto, na árdua atividade de resolver questões constitucionais complexas, deve haver participação de instituições políticas bem como da sociedade civil na atribuição de sentido às normas da Lei Maior.⁴⁹ “*Não se pode olvidar que cada cidadão, [...] inclusive a mídia, constituam fonte de interpretação e interajam, positiva e negativamente, no contraste entre a realidade social e a pretendida pela Carta Magna.*”⁵⁰ No entanto, por terem a palavra final sobre o texto constitucional, as togas de mangas largas⁵¹ dos ministros da Suprema Corte tem relevância ímpar. Ao decidirem, esse grupo restrito de magistrados causa na população “*aquela misteriosa e clarividente intuição, que se chama*

⁴⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 81/82.

⁴⁹ BRANDÃO, 2012, *op. cit.*, p. 08.

⁵⁰ CASARA, 2003, *op. cit.*, p. 207.

⁵¹ CALAMANDREI, *op. cit.* p. 43.

sentimento de justiça”⁵², de modo que a crença em sua infabilidade é “*as vezes tão cega e absoluta, que causa ao mesmo tempo dó e medo*”⁵³.

Sobre o tema, Scaff⁵⁴ aduz que a consequência lógica de incumbir o Supremo Tribunal Federal da guarda da Constituição⁵⁵ é imputar-lhe o dever fundamental de dizer não. Traçando um paralelo entre essa assertiva e a conjugação, pelo ordenamento pátrio, dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, vê-se que são conferidos poderes infindáveis aos ministros do STF – os quais, não se pode esquecer, são indicados pelo Presidente da República e possuem vitaliciedade até os setenta e cinco anos de idade.⁵⁶

É fato notório que todo o poder emana do povo⁵⁷ e diante da impossibilidade de conferir a cada indivíduo uma parcela de poder, estabeleceu-se que este seria exercido por meio de representantes eleitos. No caso da Suprema Corte não se pode falar em representação pela via eletiva, uma vez que a escolha dos ministros segue a previsão do art. 101, CRFB/88. Em outras palavras, uma Corte formada por pessoas não eleitas detém o poder-dever de guardar o bem mais caro aos cidadãos brasileiros, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por óbvio, há uma enorme diferença entre ser guardião e ser dono de determinada coisa. Enquanto o dono tem a plenitude do uso, gozo e fruição⁵⁸, na relação de guarda se destaca a figura da confiança, isto é, espera-se que a preservação do bem no mesmo estado em que estava quando lhe foi entregue, até porque a função do guardião é zelar em proveito de outrem. Por isso, considerando a relação de interdependência entre Supremo Tribunal Federal e Constituição da República, não há como os ministros, “*depois de décadas de propaganda vendendo a ideia de*

⁵² *Ibid.*, p. 146.

⁵³ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. **Primeiro dever fundamento do Supremo Tribunal Federal é dizer não**. São Paulo: ConJur, 23 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao#author>>. Acesso em 31 mar. 2017.

⁵⁵ “*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]*”.

⁵⁶ Art. 101, parágrafo único c/c art. 95, inciso I, CRFB/88.

⁵⁷ *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

⁵⁸ Nomenclaturas emprestadas dos Direitos Reais.

*democracia como uma forma superior, atacarem abertamente os valores que a constituem, sobretudo o valor liberdade.”*⁵⁹

Sobre o desempenho do papel de “guardião da Constituição”, dois marcos teóricos encabeçados por autores de grande respeitabilidade merecem destaque. Carl Schmitt defendia a atribuição de guarda a um órgão político, uma vez que a Constituição é um documento político com forma jurídica.⁶⁰ Nessa sistemática, o Presidente do Reich – no nosso caso, o Presidente da República – teria maior legitimidade para guardar os compromissos constitucionais do que a Corte Constitucional.⁶¹ Do outro lado desse debate, Hans Kelsen sustentava que a Lei Fundamental, enquanto documento jurídico com funções políticas, deveria ser guardada por um órgão com conhecimentos jurídicos, qual seja, a Suprema Corte.⁶²

Conforme as lições destacadas, os autores divergem quanto a quem cabe dar a última palavra em relação aos litígios envolvendo comandos constitucionais: se ao Chefe do Poder Executivo (Schmitt) ou ao Judiciário, através de uma Corte Constitucional (Kelsen).⁶³ Sobre a adoção de uma outra posição nas experiências constitucionais internacionais, preceitua Fernando F. Scaff:⁶⁴

As democracias ocidentais predominantemente adotam as posições de Kelsen, atribuindo o controle de constitucionalidade a um órgão jurídico específico, como no caso da maioria dos países europeus — Itália, Portugal e Espanha dentre eles —, ou atribuindo esse controle a todo o corpo de juízes que compõem o Poder Judiciário, como nos Estados Unidos ou no Brasil, onde há um órgão de cúpula, mas qualquer juiz pode apreciar questões relativas à constitucionalidade das leis. A posição teórica defendida por Schmitt, após um período de esplendor na ascensão e na manutenção do nazismo na Alemanha, tornou-se declinante.

Quando o STF resolveu ser dono da Constituição de 1988, alterou-lhe o sentido para tolher dos cidadãos o direito de serem presumidamente inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, afastou-se das teorias de Carl Schmitt e de Hans Kelsen e passou a

⁵⁹ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ SCAFF, *op. cit.*

⁶¹ HUMBERT, George. **O STF: Guardiã da Constituição ou Tribunal Constitucional? Hércules!** Salvador: Jusbrasil, 26 fev. 2016. Disponível em <<https://georghumbert.jusbrasil.com.br/artigos/308558678/o-stf-guardiao-da-constituicao-ou-tribunal-constitucional-hercules>>. Acesso em 22 ago. 2017.

⁶² SCAFF, *op. cit.*

⁶³ HUMBERT, *op. cit.*

⁶⁴ SCAFF, *op. cit.*

atuar de acordo com a teoria integralista do direito, capitaneada por Ronald Dworkin. Sobre a opção político-simbólica de manipulação de sentido, preceitua George Humbert⁶⁵ sobre a figura do juiz hercúleo:

Há a figura do juiz Hércules, criação por que simboliza as qualidades excepcionais de que deve ser dotado o juiz para reconstruir, com coerência, o direito vigente, em cada caso, para que seja tomada melhor decisão possível amparada, na leitura moral e metajurídica dos princípios integrativos do sistema normativo-jurídico, pois “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.” Isto porque o juiz manda, e manda inclusive para além da norma, podendo decidir conforme prevalências metajurídicas de ocasião (opinião pública e suposta impunibilidade, como no caso da presunção de inocência, por exemplo).

Quanto às atribuições do Supremo, esse dever de guarda se desdobra em pelo menos dois âmbitos distintos: em primeiro lugar, através do controle jurisdicional de constitucionalidade, deve proceder com a anulação de normas jurídicas que estejam em desacordo com a Constituição; em segundo lugar, deve fulminar condutas que atentem contra a Constituição.⁶⁶ *“Decerto, porém, que esse[s] exercício[s] não pode[m] conduzir à dissolução da Constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiorias de cada instante.”*⁶⁷ Apesar das divergências teóricas, não se pode permitir que o Supremo negue direitos fundamentais e tampouco, incentive *“decisionismos e arbitrariedades (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva são inimigas fiadas).”*⁶⁸ Analisadas tais premissas, vê-se que o perigo reside, independentemente do sistema, no risco do guardião mudar de posição e passar a atuar como dono da Constituição.⁶⁹

Nesse contexto, a rigidez e os limites materiais para a alteração do texto formal da Constituição parecem não ser suficientes para frear as tentativas de reforçar e acentuar diferentes formas de exercício do poder, dentre as quais se destaca a (perigosa) possibilidade de atribuição de sentido ao texto constitucional. Vislumbra-se então, que após a conquista de direitos democraticamente produzidos, o ordenamento jurídico brasileiro está passando por um déficit

⁶⁵ HUMBERT, *op. cit.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁸ STRECK, 2011, *op. cit.* p. 92.

⁶⁹ SCAFF, *op. cit.*

democrático.⁷⁰ Por consequência, a Suprema Corte, inebriada pelo seu poder, parece esquecer do dever primordial que lhe cabe.

Em relação ao texto da Lei Maior, o poder constituinte reformador e o STF possuem prerrogativas muito distintas, posto que somente o primeiro é autorizado a modificar formalmente a Constituição da República – com exceção das cláusulas pétreas. Não se trata de uma guerra para auferir quem pode mais, significa, tão somente, que os poderes do Estado possuem âmbitos de atuação diversos. A despeito disto, por serem dotadas de imperatividade e força cogente, as disposições constitucionais vinculam todos os poderes públicos, incluindo o Poder Judiciário. “*Se nem o poder de reforma da Constituição está autorizado a eliminar direitos e garantias fundamentais, admitir que o STF possa restringir o núcleo essencial de direitos fundamentais contrariando a literalidade do texto constitucional é um contrassenso.*”⁷¹

Constatado o distanciamento entre os dizeres da Constituição e a realidade social vigente, havendo a necessidade de alteração do texto formal, é imprescindível o respeito à rigidez constitucional e aos limites materiais ao poder de reforma. Tal processo construtivo deve(ria), pelo menos em tese, ocorrer com a participação ativa do povo, posto que dele emana o poder. É certo que para a proteção dos direitos da coletividade existem diversos instrumentos de segurança pública albergados na Constituição, e se eles não forem aplicados com eficiência, “*não será a deformação do processo [penal] que servirá de remédio para este mal*”⁷² No entanto, optando pelo “caminho mais fácil”, a Suprema Corte vem optando pela modificação informal do texto constitucional⁷³, com o sacrifício de garantias individuais em detrimento de um eventual, abstrato e, ousado dizer, utópico direito à segurança da sociedade⁷⁴. Vê-se que a balança da justiça passou das mãos do legislador para as mãos dos juízes.⁷⁵

⁷⁰ STRECK, 2011, *op. cit.*, p. 45.

⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Paraná: Direito do Estado, 22 fev. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 8 mar. 2017.

⁷² NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência: Violência, Cidade e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 104.

⁷³ SCAFF, *op. cit.*

⁷⁴ NICOLITT, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Isabela Cristina Sierra. 2 ed. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 59.

São onze pessoas que, a pretexto de serem guardiãs da Lei Maior, alteram seus sentidos de forma indiscriminada, eliminam cláusulas pétreas e retiram “o coração do sistema constitucional, ferindo-o de morte.”⁷⁶

1.1 O primado da interpretação sobre o texto formal da CRFB/88

No espaço da discricionariedade dos juízes e mergulhando ainda mais na análise sobre o que isso representa na confrontação do direito produzido democraticamente, (parece que) no Brasil, qualquer vagueza, “espaço” de sentido ou cláusula “aberta” já é capaz de fomentar exercícios de subjetividade por parte do intérprete. No entanto, ante a afirmação de que o intérprete atribui sentido ao texto, é imperioso ter em mente que texto e norma não estão separados, e o jurista não está autorizado a agir de modo arbitrário ou discricionário ao realizar a atividade hermenêutica.⁷⁷

O cenário atual demonstra que mesmo depois de uma intensa luta pela democracia, (ainda) há uma forte tendência de delegar aos juízes a apreciação discricionária dos denominados casos difíceis (*hard cases*). Nesse sentido, a ascensão dos direitos fundamentais ao patamar de cláusulas pétreas e a massiva inclusão das conquistas civilizatórias ao texto legal-constitucional parecem não ser capazes de barrar os anseios do antigo sistema inquisitório, consubstanciado, em apertadíssima síntese, na premissa da subjetividade.⁷⁸

Neste debate, a distinção feita por Choukr entre interpretação semântica e interpretação crítica merece relevo, posto que enquanto a interpretação semântica se dá pela observação linear do texto com intuito de preencher-lhe o significado, a interpretação crítica procura explicar os

⁷⁶ HACHEM, *op. cit.*

⁷⁷ STRECK, 2011, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Luiz Lenio. Garantias Processuais Penais e a Jurisprudência do STF: uma abordagem fenomenológico-hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 571.

motivos estruturais através dos quais o texto pode produzir este ou aquele sentido.⁷⁹ Em outras palavras, para extrair a clareza do texto e no intuito afastar-se da literalidade simplista, é necessário que o intérprete – principalmente aquele que está incumbido da atividade judicante – analise a regra de direito dentro do sistema jurídico em que ela está inserida.⁸⁰

Pois bem, apesar dos frequentes exemplos de discricionariedades e arbitrariedades (traços típicos do modelo inquisitório), vivemos em um sistema penal acusatório, o qual é porta de entrada da democracia pois garante que o Estado persecutor exerça seus poderes de forma igualitária, limitada e equalizada. Por via de consequência, dentro do processo penal, ou o juiz pauta suas decisões (exercício da interpretação crítica) em elementos do sistema acusatório, ou estará retrocedendo ao inquisitorialismo e desconsiderando a opção da Constituição de 1988.⁸¹

No que tange às decisões sobre cláusulas indecidíveis, para além do debate sobre o desvirtuamento dos limites para a interpretação, nos cabe analisar em quais casos há possibilidade (ou não) de se realizar uma interpretação. Nesse sentido, merece destaque a afirmação de Eco de que “*entre a intenção do autor e o propósito do intérprete existe a intenção do texto*”.⁸²

Nessa busca pela interpretação possível, ao interpretar a Constituição da República, não se pode camuflar ou desconsiderar a extensa gama valorativa de seu texto, sob pena de deflagrar um atentado contra os valores oriundos de um processo cultural. Para Chourk⁸³ “*nem mesmo a mais alta Corte do país ficou imune a este descompasso, tendo profunda dificuldade de atuação de princípios basilares e constitucionalmente estabelecidos a casos concretos*”, senão vejamos.

Para Streck⁸⁴, o surgimento de uma nova Constituição demanda um novo olhar hermenêutico por parte do jurista, mas, ao contrário, o que ocorreu na experiência brasileira foi a importação (que adiante, se mostrará insatisfatória) de teorias que culminaram numa “mixagem

⁷⁹ ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 12 *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

⁸⁰ PERELMAN, CHAÏM. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996 *apud* CHOUKR, *op. cit.*, p. 30.

⁸¹ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 571/572.

⁸² ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 40.

⁸³ CHOUKR, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁴ STRECK, 2011, *op. cit.*, p. 47.

teórica” que enfatiza o protagonismo dos juízes. A atividade hermenêutica em um recém-criado Estado Democrático de Direito é fundamental para que o direito produzido democraticamente, de fato, se afaste dos decisionismos e do perigo da exceção. A Constituição não é uma “carta em branco” e não permite que o Poder Judiciário substitua o legislador, mas, pelo contrário, para a implementação do (verdadeiro) Estado Social, é necessária uma atuação propositiva do julgador no sentido de garantir ao cidadão o acesso às políticas públicas e às garantias do texto constitucional.

*“A Constituição da República de 1988 surgiu com a finalidade declarada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia”*⁸⁵, tornando imprestáveis as antigas normas de cunho autoritário. Para os estudiosos do Direito Penal material e do Processo Penal, essas observações possuem ainda mais relevância, posto que se interessam (ou deveriam se interessar) pela *“construção e edificação de um conhecimento sistêmico baseado em valores fundamentais.”*⁸⁶ Dessa assertiva se extrai a noção de que numa perspectiva democrática, não há espaço para discursos que modulem a cidadania e promovam, através da atividade hermenêutica, restrições aos direitos fundamentais, uma vez que o Direito Penal e o Processo Penal são, eles próprios, direitos fundamentais.⁸⁷

À seara penal cabe a função *“de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado, que, não obstante apresente alguns limites, necessita de controle e segurança quanto a estes.”* Significa dizer que o afastamento da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação só tem vez quando fica definida uma aplicação segura e calculável do Direito Penal. A consequência prática de um modelo de dogmática jurídico-penal pouco desenvolvido é uma avalanche de decisões imprevisíveis, calcadas em fatores circunstanciais que culminam numa profunda insegurança na Administração da Justiça.⁸⁸

⁸⁵ CASARA, 2003, op. cit., p. 206/207.

⁸⁶ CHOUKR, op. cit., p. 25.

⁸⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2014, p. 21.

⁸⁸ CHOUKR, op. cit., p. 24.

Nessa concepção, afastando-nos da distinção puramente teórica e simplista entre regras e princípios⁸⁹, uma pergunta, merece detida atenção: se num Estado Democrático de Direito, a liberdade é regra e seu cerceamento é a exceção, o Princípio da Inocência (entendido aqui como um direito fundamental do cidadão, tal qual foi concebido) é uma regra ou princípio?⁹⁰

O questionamento acima já esteve presente na pauta do dia do STF em diversas situações, como no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578, onde a Corte enveredou-se pelo caminho tortuoso de negar a densidade normativa de um princípio, anunciando-o como uma regra. Nas palavras de Streck⁹¹, trata-se do fenômeno do “*panprincipiologismo*”, uma verdadeira patologia que abusa de padrões argumentativos para driblar o regramento democrático do direito. Qualquer semelhança disto com o decisionismo dos ministros do STF sobre o Princípio da Inocência não é mera coincidência, senão vejamos.

De início, cumpre esclarecer que há uma descontinuidade entre os princípios constitucionais surgidos na segunda metade do século XX e os tradicionais princípios gerais do século XVIII, posto que “*os princípios constitucionais do segundo pós-guerra incorporam elementos que operam uma mudança radical de paradigmas no interior do pensamento jurídico*”.⁹² Nesse sentido, é possível emprestar da Teoria do Direito algumas noções importantes para situar o leitor na discussão que se pretende formular, tomando como ponto de partida as visões de Ronald Dworkin⁹³ e de Robert Alexy⁹⁴, para, em síntese muito abreviada e independentemente dos argumentos utilizados por cada um, demonstrar a distinção basilar entre a normatividade das regras e princípios.

Dos estudos de Dworkin, extrai-se a ideia de que no campo das regras vale a lógica do tudo ou nada: ou incide a regra em determinado caso concreto (subsunção) ou, em sentido oposto, não há o que se falar de sua aplicação. Alexy complementa tal noção ao atribuir às regras o sentido

⁸⁹ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p. 06.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 76/77.

⁹¹ *Ibid*, p. 91.

⁹² OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 568.

⁹³ DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: SUMMERS, Robert (Org.). **Essays in legal philosophy**. California: University of California Press, 1968.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

de comandos definitivos, cuja aplicação será obrigatória quando alguma hipótese de incidência se afigurar no mundo dos fatos. Nesse contexto, em caso de conflito entre regras, serão suficientes os clássicos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade.⁹⁵

Já em relação aos princípios, por serem verdadeiros mandados de otimização, podem ser cumpridos em diferentes graus de acordo com a realidade fática em que estão inseridos. Dworkin atribui isto a uma dimensão de peso dada aos princípios, cunhando assim o entendimento de que eles se inter cruzam no caso concreto. Alexy, sobre o mesmo tema, dispõe que havendo colisão frontal entre um e outro princípio, não haverá necessariamente a invalidação do princípio afastado, devendo o intérprete lançar mão do método da ponderação de interesses para solucionar uma colisão entre princípios. Rodrigo Brandão⁹⁶ leciona que *“sob determinadas circunstâncias, o princípio x prevalecerá sobre o y; em condições fáticas distintas a solução pode ser inversa.”*

Assim, a não aplicação de um princípio em dado caso concreto não exclui sua aplicação em outro, quando a hipótese seja diferente daquela que ensejou o afastamento. Quanto à regra, uma vez afastada, não se vislumbra possibilidade de trazê-la à tona em casos futuros, em homenagem ao princípio da igualdade, medida que se impõe como regra de tratamento.

Ao contrário do que se sustenta sobre a concepção de “abertura semântica dos princípios”, são as regras que “abrem a interpretação” e se aplicam à inúmeras possibilidades, uma vez que possuem uma perspectiva universalizante. Dessa forma, a regra *“pretende abarcar todos os casos enquanto, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica”*.⁹⁷ A partir do pressuposto de que existe uma porosidade nas regras que é completada e legitimada com o auxílio dos princípios, conclui-se que, na verdade, é o princípio que funciona como “individualizador” da regra, fazendo com que ela seja ou não adequada à Constituição.⁹⁸ Se opera, portanto, uma justificação principiológica da regra.⁹⁹

⁹⁵ BRANDÃO, 2008, *op. cit.*, p. 122/124.

⁹⁶ *Ibid*, p. 125.

⁹⁷ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 568.

⁹⁸ STRECK, 2012, *op. cit.*, p. 76/77.

⁹⁹ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 588.

Tecidas tais considerações, parece claro que em matéria de regras e princípios se operam âmbitos de possibilidades jurídicas opostos. Isto posto, depois do panorama sobre as concepções pós-positivistas acerca das regras e princípios, cumpre fixar um entendimento em relação ao Princípio da Inocência que, tradicionalmente tido como “princípio” pela maior parte da doutrina, tem uma força normativa que se assemelha bastante a uma “regra”. Neste dilema, o tratamento universalizante fez uma espécie de “regramento” do Princípio da Inocência.¹⁰⁰ Desse fenômeno de “elevação” de princípio ao patamar de regra, nasceu, nas palavras de Lenio Streck¹⁰¹, um ambiente propício à noções inquisitivas, tais como aquela extraída do “princípio” da “confiança no juiz da causa”.

Chegado este ponto da discussão, antes mesmo de continuar com a diferenciação dogmática acerca do Princípio da Inocência como regra ou princípio, é nítida a necessidade de discutir a prática da manipulação de sentido. Apesar da clareza do inciso LVII da Constituição Republicana de 1988, conforme ficará demonstrado no capítulo a seguir, a Suprema Corte tem bastante dificuldade em compreender a autodeterminação do dispositivo, isto é, existem imensos entraves a serem superados antes da aceitação de que o Princípio da Inocência independe da atuação do intérprete para ampliar ou diminuir-lhe o sentido.

De fato, inexistente problema semântico nos dizeres constitucionais, ou seja, não há meios de entender que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*¹⁰² de maneira diversa da já elucidada na Carta Magna. O ponto crucial é que antes mesmo de tratar-lhe como regra ou princípio, realizando as técnicas da subsunção ou da ponderação, o STF ratificou sua opção político-simbólica de manipulação, desconsiderando o comando objetivo e desobedecendo um limite expresso na CRFB/88. Vê-se que existe um problema hermenêutico, mas este não é o único aspecto propulsor do sistema pretensamente responsivo.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 588.

¹⁰¹ STRECK, 2012, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰² Art. 5º, inciso LVII, CRFB/88.

¹⁰³ CHOUKR, *op. cit.*, p. 212.

Conforme adverte Rodrigo Machado Gonçalves¹⁰⁴ quando critica a criação de “*zonas de interseção normativa*”, “*as previsões constitucionais que não demandam interpretação devem ser consideradas não decidíveis, posto que a opção pelo óbice interpretativo deriva da própria determinante regravativa*”. Assim fica evidente que dúvidas sobre uma regra ou preceito são fabricadas a fim de modificar o sentido naturalístico do comando normativo, possibilitando manipulações de sentido que culminam com a legitimação e ampliação de poder.

Sob essa ótica, ao invés de utilizar “*meras justificações retóricas para o decisionismo e sua faceta de ativismo punitivista*”¹⁰⁵ para flexibilizar do Princípio Inocência, cabe(ria) ao Supremo Tribunal Federal lançar mão de interpretações íntegras através das quais poderá revestir sua jurisprudência com uma maior coerência, evitando situações de ruptura com a cadeia decisional anterior, e de dúvida sobre como tratar casos semelhantes no futuro.¹⁰⁶ Ao contrário disto, as tendências demonstram uma espécie de “*ambiguidade linear*”¹⁰⁷ na jurisprudência da Corte, que molda o direito em questão de acordo com anseios que se afastam, por óbvio, da *mens* primordial dessa garantia. Isso porque, adaptando a frase para fins didáticos, quando se trata do Princípio da Inocência “*todo cidadão tem o direito de permanecer em liberdade até que um determinado conjunto de significações gere a necessidade da restrição de seu status libertatis.*”¹⁰⁸ Ao contrário, o que se vê é a transformação do sistema valorativo humanizante em um sistema repressivo, cuja bandeira é tornar-se um instrumento político de promoção de segurança e de paz.¹⁰⁹

Para sanar definitivamente a dúvida acerca da posição do Princípio da Inocência como princípio ou regra, faz-se pertinente a lição de Maurício Zanoide de Moraes¹¹⁰, que, após avaliá-lo sob três diferentes critérios, conclui pela estrutura normativa de uma norma-princípio:

¹⁰⁴ GONÇALVES, Rodrigo Machado. **A (i)legitimidade do Ministério Público para investigar diretamente e a criação de zonas de interseção normativa, uma afronta à Constituição e à hermenêutica: “Quem pode o mais não deve poder o menos na democracia”!** No prelo, Editora D’Plácido, Livro em homenagem ao Professor João Mestieri.

¹⁰⁵ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p. 05.

¹⁰⁶ STRECK, 2012, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁷ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 581.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 588.

¹⁰⁹ CHOUKR, *op. cit.*, p. 210/212.

¹¹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 273/274 *apud* LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de**

Quanto à perspectiva do conteúdo (normativo-axiológico), porquanto sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é, como as normas-regras, prescritiva de condutas.

Já quanto à estrutura normativa, a presunção de inocência se caracteriza também como princípio, por prescrever ‘fins e estados ideais a serem alcançados’, um ‘dever-ser’, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir. Atividade que será mais sofisticada e complexa na medida em que além das condições fático-jurídicas surgem inevitáveis contradições normativas (colisões com uma regra ou com outro princípio) a serem resolvidas.

Por fim, [...] quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma ‘norma-princípio’. Observado o texto normativa da presunção de inocência e, ainda, cotejando-o com o sistema constitucional, mesmo observado apenas o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se coexistirem limitações sistêmicas da presunção de inocência, p.ex., pela prisão em flagrante ou por prisão provisória determinada judicialmente. [...] Ela poderá [assim], ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que os agentes não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas apenas que isso deve acontecer na ‘maior medida possível’. Possibilidade que se extrai das condições fático-jurídicas do caso concreto.

De igual modo, a Suprema Corte tem tratado o “Princípio Constitucional da Inocência” como um princípio, dando-lhe assim maior plasticidade, flexibilidade e capacidade de coabitar com outros princípios (e até com argumentos metajurídicos). Invés de incentivar a irradiação de seu vasto conteúdo por todo ordenamento jurídico, o STF realiza um exercício (exagerado) de modelagem que culmina na descaracterização da garantia e de seus objetivos tal qual foram inicialmente pensados.

Adentrando em outro aspecto da “mixagem teórica”, é imperioso desfazer o mito de que tudo aquilo que o direito brasileiro chama de “princípio” é o mesmo que Robert Alexy chamaria de princípio. A doutrina pátria costuma classificar algumas normas como princípios diante do seu grau de fundamentalidade ou importância dentro do sistema. Nessa tradição não está em jogo o caráter definitivo ou relativo da norma, ou seja, dispensa-se a análise sobre sua sujeição ao critério da ponderação. A importação pura e simples das definições de Alexy permitiria, por exemplo, que os princípios da legalidade penal e da irretroatividade da lei penal fossem

ponderados, aceitando-se a existência de crime sem lei, bem como a retroatividade de lei penal para prejuízo do acusado.¹¹¹ Seria um pandemônio.

Conforme se verá adiante, compreendendo a garantia como uma norma-princípio, a técnica da ponderação deve(ria) ser encarada como “*um processo racional, formado por etapas lógicas – não se trata, pois, de escolher o que se acha melhor.*”¹¹² Por outro lado, concebê-la como regra imponderável fixaria definitivamente que na ausência de sentença penal condenatória irrecorrível, ninguém poderia ser considerado culpado e sofrer com a execução da pena. Em outras palavras, por mais que seja lugar comum dizer que em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é regra e seu cerceamento a exceção, vê-se um salto “*da plenipotencialidade de um princípio elevado ao patamar de regra (tábula rasa) para uma “loteria” decisionista*”¹¹³. Nesse sentido, vale lembrar que pouquíssimos são os acusados/presos que conseguem levar suas causas à análise do STF, de modo que, dos julgamentos que envolvam o Princípio Constitucional da Inocência, devem ser extraídos os padrões hermenêuticos a serem reproduzidos em casos similares.

Há, nesse âmbito, urgência em realizar uma capilarização dos argumentos principiológicos¹¹⁴ com o objetivo de afastar antigas falácias como “cada cabeça é uma sentença”, buscando assim uma reconstrução histórico-institucional do instituto em jogo. Isso porque, “*a prevalência dos Direitos Fundamentais, no campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que invertem a lógica do Estado Democrático de Direito.*”¹¹⁵

Dada a licença de discordar daqueles que veem na ampliação do arbítrio do Estado uma “varinha mágica” capaz de curar a sociedade de todas as mazelas que lhe afligem, verifica-se que no mundo dos fatos, a hermenêutica voltada para flexibilização de garantias processuais contribui apenas para a instabilidade social. Seria, por óbvio, ingênua demais a crença de que a flexibilização do Princípio da Inocência é o primeiro passo da Suprema Corte em direção do

¹¹¹ HACHEM, *op. cit.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 589

¹¹⁴ STRECK, 2012, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁵ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p. 19.

aparelhamento das agências repressivas.¹¹⁶ Isso porque, reinventando conceitos assentados em séculos de estudo e discussão, o STF se afasta cada vez mais dos anseios democráticos e somente demonstra seu cruel autoritarismo. Essas observações podem causar perplexidade, mas não completo assombro, posto que a Suprema Corte, não raras as vezes, se utiliza de elementos políticos e factuais para intervir no texto constitucional e, por derradeiro, eliminar direitos da população.¹¹⁷

Para uma interpretação que não extrapole os limites do texto formal e dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, o Supremo carece de exprimir em suas decisões o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Para Aury Lopes Jr.¹¹⁸, “o STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual penal ou de suas categorias jurídicas.” Nessa lógica, ainda que esteja diante de interpretação dúbia, a Suprema Corte precisa, ou melhor, deve primar pela maior eficácia da norma, em especial aquelas definidoras de direitos fundamentais. “Do contrário, todas as lições relativas à hermenêutica constitucional se tornariam afirmações lítero-poético-recreativas.”¹¹⁹

A crítica trazida neste item não visa atacar o ativismo do Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, é preciso levantar a bandeira de um Poder Judiciário participativo e engajado na luta pelos direitos albergados na Constituição. A chamada função contramajoritária exige, justamente, uma atuação diuturna na proteção das garantias dos cidadãos frente à imposição das “maiorias”. É o que ocorre com o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando o Judiciário resguarda “*posições jurídicas constitucionais titularizadas por minorias que não conseguiram eleger representantes suficientes*”.¹²⁰

¹¹⁶ GONÇALVES, no prelo, *op. cit.*

¹¹⁷ TARDELLI, BRENNO. **STF**: a corte que toda semana elimina um direito da população. São Paulo: O cafezinho, 30 out. 2016. Disponível em <<https://ocafezinho.com/2016/10/30/stf-corte-que-toda-semana-elimina-um-direito-da-populacao/>>. Acesso em 16 out. 2017.

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico**. São Paulo: ConJur, 4 mar. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 31 mar. 2017.

¹¹⁹ HACHEM, *op. cit.*

¹²⁰ *Ibid.*

Um STF genuinamente ativista é capaz de rechaçar leis atentatórias aos direitos fundamentais; de se impor contra omissões legislativas que impeçam a implementação de tais direitos; de barrar a edição de emendas constitucionais que atentem contra o conteúdo de cláusulas pétreas e, sobretudo, de proteger direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa empreitada, poderá sim ir além daquilo que está expressamente escrito no texto da Constituição da República, por ter legitimidade para tanto. *“Porém, jamais poderá fazê-lo para ofender direitos fundamentais ou restringir a esfera jurídica do cidadão, notadamente quando a liberdade de ir e vir está em jogo.”*¹²¹ Está portanto, escancarada a gravidade do problema.

Além do grave enfraquecimento desse direito constitucional, o julgamento sobre o Princípio da Inocência criou, nas palavras de Lenio Streck¹²², um dilema sem saída, uma vez que produziu um hibridismo nos institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade. Estabelece o art. 24 da Lei 9.868¹²³ o chamado efeito dúplice ou cruzado, o qual dispõe que *“uma ADI julgada improcedente se “transforma” em ADC e uma ADC julgada improcedente tem os efeitos da ADI”*. Conforme será explicado no terceiro capítulo, as ADCs 43 e 44 visam declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e, por conta do caráter dúplice, para que o Judiciário não aplique o dispositivo em questão deverá dizer que ele é inconstitucional. Essa dinâmica simples parece ter sido deixada de lado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que, ao declarar o artigo constitucional e realizar uma interpretação conforme à Constituição, fez uma imensa confusão entre técnicas interpretativas.¹²⁴

A interpretação conforme a Constituição – criada para salvar os textos *“[n]os casos em que a nulificação de uma lei pode vir a causar maiores problemas do que se ficasse hígida no sistema”*¹²⁵ – é uma decisão parcial positiva e sempre é uma decisão interpretativa de rejeição, posto que afasta a leitura inconstitucional de uma parte ou sentido do dispositivo de lei. Fazer

¹²¹ *Ibid.*

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência**: interpretação conforme a quê? São Paulo: Consultor Jurídico (Conjur), 7 out. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em 31 mar. 2017.

¹²³ Art. 24. *Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.*

¹²⁴ STRECK, 2017, *op. cit.*

¹²⁵ *Ibid.*

isso no bojo de uma ADC é incongruente, porque ao prover essa ação, dá-se razão aos peticionários para confirmar a constitucionalidade do dispositivo atacado. O que ocorreu no julgamento em apresso foi exatamente o contrário: declarou-se a constitucionalidade do art. 283, CPP fazendo uma interpretação que afasta a interpretação que os autores queriam.¹²⁶

Para demonstrar a gravidade do problema, Lenio Streck coloca o art. 283, CPP diante dos incisos LVII e LXI da CRFB/88, a fim de que se compreenda que os dois dispositivos constitucionais somados se encaixam como uma luva no artigo da lei processual penal. Em outras palavras, o dispositivo do CPP foi escrito à imagem e semelhança da Constituição da República e, por isso, nenhum ministro apontou que o art. 283 feria o texto constitucional. “*Ora, isso tem consequência: Se em nenhum ponto ele fere a CF, então ele é constitucional. Ou o STF deve confessar que agiu como Poder Constituinte. Simples assim*”.¹²⁷ Quando nos diz que o art. 283 é válido se lido à luz da Constituição, a Suprema Corte não afirma claramente que o dispositivo contraria o texto constitucional.

Nas democracias constitucionais as leis gozam de presunção de constitucionalidade, não havendo sentido em dar a elas uma interpretação conforme no bojo de uma ADC. Sobre o tema, dispõe Lenio Streck¹²⁸: “*Em que sentido caberia interpretá-lo em conformidade à Constituição, se ele diz o que a Constituição diz? Interpretando-se-o em conformidade à CF, o STF salva o dispositivo de si mesmo. Uma estranha tautologia negativa. Ou uma fagocitose jurídica.*”

Isto posto, causa demasiada preocupação a forma como o STF manipulou o sentido do texto constitucional, apoiando-se em técnicas interpretativas para, em um julgamento por política, tirar do cidadão o direito de ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No capítulo que segue, será possível compreender o panorama da “*crise de sustentabilidade político-jurídico-democrática*”¹²⁹ deflagrada.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 417.

2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DE UMA CLÁUSULA INDECIDÍVEL

2.1 O Princípio da Inocência em xeque: o passo a passo da desconstrução democrática que culminou com o julgamento das ADCs 43 e 44

A reconstrução jurisprudencial do modo como o STF decide em definitivo as querelas jurídicas submetidas à sua apreciação é um exercício essencial para a compreensão dos fenômenos interpretativos capazes de tirar a Constituição do papel e fazer dela, realmente, uma “Carta de Direitos”. A interpretação judicial que culmina com a formação da jurisprudência “*é a própria história se realizando a cada dia*”¹³⁰, fazendo uma busca para identificar o sentido correto de um texto normativo.¹³¹ De efeito, estudar os julgados acerca do direito processual penal de um país “*indica a força de seus elementos autoritários e liberais*”¹³², havendo importância da “*análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira*”.¹³³

Rodrigo Brandão¹³⁴ preceitua que a partir do neoconstitucionalismo, constatou-se uma fusão entre duas tradições constitucionais distintas. Em primeiro lugar, da concepção norte-americana originária se extraiu a noção de que o texto constitucional deve trazer as regras do jogo democrático, isto é, determinar quem manda e como manda, sem muita preocupação com a previsão de direitos fundamentais. Noutro sentido, o constitucionalismo nascido da Revolução Francesa atribuiu à Constituição não apenas as regras do jogo, mas também uma cartilha política e social predefinindo o modo como o Estado deve encarar possíveis intervenções normativas e concretas.

No neoconstitucionalismo operou-se uma fusão entre as Constituições sem significativo conteúdo normativo material, mas que contavam com o controle de constitucionalidade para garantir sua supremacia; e as Constituições com denso conteúdo normativo substantivo, que na

¹³⁰ CASARA, 2003, *op. cit.*, p. 192.

¹³¹ *Ibid.*, p. 192/195.

¹³² *Ibid.*, p. 207.

¹³³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹³⁴ BRANDÃO, 2008, *op. cit.*, p. 128/129.

realidade serviam apenas de “aconselhamentos” ao legislador, sem apresentar, portanto, meios eficazes de realizar a manutenção de sua soberania. Tem-se aí um modelo em que o forte conteúdo normativo e a supremacia da Constituição estariam garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade.¹³⁵ Nas matizes alemã e brasileira foi exatamente isso que aconteceu: a adoção do controle de constitucionalidade e a incorporação ao texto constitucional de um denso conteúdo normativo e moral, consubstanciado no catálogo de direitos fundamentais elevados ao mais alto grau de positividade jurídica, qual seja, a condição de cláusulas pétreas.¹³⁶ Seria este modelo, portanto, o “melhor de dois mundos”?

O judicialismo exercido pela Suprema Corte, no entanto, não fica restrito à aplicação, *ipsis litteris*, das regras constitucionais atinentes à fixação e limitação dos poderes estatais, mas também se envereda pelo tortuoso caminho de concretização dos princípios constitucionais, conjugando, neste cenário, as disputas de uma sociedade pluralista pela obtenção da “correta” (ou mais correta) interpretação do conteúdo moral da Constituição.¹³⁷

Retornando ao objeto deste capítulo, ainda sob a égide da Constituição de 1967 – que não previa explicitamente o direito fundamental à Presunção de Inocência –, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que a garantia estaria como imanente ao sistema constitucional. Desse julgado¹³⁸ pode ser extraída a ideia de que cabe à Suprema Corte, para além da guarda do texto formal da Constituição, a preservação de valores intrínsecos à ordem constitucional. Conforme constou do voto do Ministro Gonçalves de Oliveira, mesmo sem previsão expressa sobre o Princípio da Inocência na Constituição de 1967, o art. 150, §35 daquele texto normativo compreendia “*todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição.*” Em outras palavras, a previsão expressa no texto constitucional apenas reforçaria que os conceitos do Princípio da Inocência e do (verdadeiro) Estado Democrático de Direito são indissociáveis. Vê-se que mesmo tendo internalizado a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por muito tempo o ordenamento jurídico brasileiro negou vigência ao

¹³⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 130.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 133/134.

¹³⁸ HC 45.232/GB, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, julgado em 21/2/1968.

Princípio da Inocência diante da falsa ideia de que, não estando inserido em outro texto normativo, sua observância não era obrigatória.¹³⁹

Mais adiante, examinando a validade de preceito da Lei Complementar nº 05/70 em face da Emenda Constitucional nº 01/69¹⁴⁰, o Pretório Excelso debateu sobre a existência do Princípio da Inocência em favor do acusado, posto que a mencionada Lei Complementar previa a inelegibilidade daqueles que estivesse respondendo a processo criminal. Os ministros concluíram pela constitucionalidade da norma questionada, sem, contudo, negar a validade do preceito, preferindo utilizar o argumento de inaplicabilidade do Princípio da Inocência à matéria eleitoral por ser esta de “natureza exclusivamente processual penal”.¹⁴¹

Em cinco de outubro de mil novecentos e oitenta e oito, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, consagrou-se o Princípio da Inocência na dicção do art. 5º, LVII, o qual significou um marco na história constitucional brasileira, posto que condicionou expressamente a culpa do acusado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Note-se que a Carta Magna de 1988 trouxe garantias genuinamente democráticas, capazes não apenas de afastar paradigmas autocráticos do passado, como também operar o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário.

Não obstante a literalidade e, como demonstrado anteriormente, a autodeterminação do referido dispositivo, logo nas primeiras oportunidades em que o STF se manifestou sobre o tema¹⁴², prevaleceu o entendimento de que a ausência do trânsito em julgado não seria empecilho para o início do cumprimento da pena, não havendo ofensa ao Princípio Inocência com a adoção de tal medida. Neste momento, era evidente o não abandono das tendências autoritárias do original Código de Processo Penal de 1941, forjado sob a égide do regime militar.

¹³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69/70 *apud* FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁰ Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297-SP, julgado em 17/11/1976, Relator Ministro Thompson Flores, RTJ 79:671-715, 1977.

¹⁴¹ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 31/32.

¹⁴² RHC 67857/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, julgado em 12/10/1990 e HC 70363, Relator Ministro Néri Da Silveira, Segunda Turma, julgado em 08/06/1993, DJ 03/12/1993.

Reforçando a contrariedade entre o texto constitucional e suas decisões, na década de 90 a Suprema Corte entendeu por unanimidade que a pendência de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário não impediria a execução provisória da sentença condenatória, porque ambos os recursos não possuem efeito suspensivo¹⁴³. Novamente estavam sendo elevados dispositivos do CPP/41, que além de permitir o recolhimento à prisão na pendência de recurso, trazia a aberração da impossibilidade da interposição de apelação sem o devido recolhimento do réu ao cárcere. É flagrante a reminiscência da nefasta cultura de ler a Constituição sob a ótica do Código de Processo Penal, e não o contrário.¹⁴⁴ É o que Rubens Casara, com referência a Lenio Streck, denomina de interpretação retrospectiva, isto é, “*a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”*”.¹⁴⁵

Abrindo um parêntese sobre o CPP de 1941, é impossível negar a importância e a responsabilidade dos detentores do conhecimento em meio a um cenário de transformação política. A edificação de um novo sistema legal deve (necessariamente) contar com um raciocínio que estabeleça um elo entre liberdade e democracia, traçando assim o reflexo dessa ligação no processo e nos procedimentos. Desta lógica se extrai a conclusão de que “*o procedimento será um instrumento a favor (ou contra) a liberdade.*”¹⁴⁶ Nesse raciocínio, tanto no encontro da Comissão de Notáveis que precedeu o advento do texto constitucional de 1988 quanto na extensa produção de trabalhos que criou o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, houve salutar dimensão política da intelectualidade. Ao revés, em matéria Processual Penal foi eleita a via de reformas pontuais, gerando um (perigoso) cenário avesso à (re)construção da democracia.¹⁴⁷ Vê-se que no processo penal, ramo do direito imbuído da tarefa de instrumentalizar o controle social por meio do direito penal, as consequências da interpretação retrospectiva são ainda mais preocupantes, posto que há repercussão direta no *status libertatis* dos acusados. Em uma sociedade acostumada com o

¹⁴³ HC 68.726/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 26/11/92.

¹⁴⁴ CHOUKR, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 67 *apud* CASARA, 2003, *op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁶ CHOUKR, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 33.

arbítrio e o autoritarismo, essa patologia¹⁴⁸ compõe o movimento reacionário às reformas processuais penais.¹⁴⁹

A despeito da omissão no texto constitucional sobre sistema processual penal a ser adotado no Brasil, quando o art. 129, inciso I, reserva ao Ministério Público, de forma privativa, o exercício do direito de ação penal pública, está distinguindo claramente as funções de julgador e acusador. Ademais, em diversas passagens do capítulo destinado ao Poder Judiciário, se eleva o primado da imparcialidade e da impossibilidade de o juiz substituir as partes na dialética penal.

Assim, por trazer valores diametralmente opostos aos adotados anteriormente e por fazer do acusado um sujeito de direitos fundamentais ao invés de um mero objeto do processo, é possível afirmar que a Constituição de 1988 fez uma clara opção pelo modelo acusatório.¹⁵⁰ “*No sistema inquisitório os interesses do Estado prevalecem sobre os interesses do indivíduo. No sistema acusatório, ao contrário, o indivíduo e seus interesses ocupam lugar central.*”¹⁵¹ Vê-se, portanto, que são as funções dos sujeitos processuais no processo penal que demonstram se a estrutura processual adotada é (ou não) democrática. Ademais, sendo a atuação do Ministério Público orientada pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atribuir a persecução penal a esta instituição demonstra a intenção do regime constitucional por manter a salvo os interesses da coletividade.¹⁵²

Isto posto, cientes de que no Brasil vige um sistema acusatório, é preciso ter em mente que “*a realidade (ser) nem sempre condiz com o que se espera dela (dever ser), pois muitas vezes a primeira vai em sentido totalmente oposto a segunda*”.¹⁵³ Diante da dura realidade apresentada até o momento, vinte e um anos depois da promulgação da Carta de 1988, em 2009, o entendimento sobre o Princípio da Inocência foi revisto e, por sete votos a quatro, consolidou-se na Corte o entendimento de que seria imprescindível o trânsito em julgado da condenação para a

¹⁴⁸ Segundo Luis Roberto Barroso, o desvio da interpretação retrospectiva “*uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional*”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67.

¹⁴⁹ CASARA, *op. cit.*, p. 196/198.

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹ POLI, *op. cit.*

¹⁵² FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵³ *Ibid.*

execução da pena¹⁵⁴. Essa decisão acabou por reafirmar o conteúdo expresso na Constituição Federal e em Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a mais coerente com um Estado Democrático de Direito (que se diz) comprometido com a segurança jurídica e que respeita as garantias constitucionais.¹⁵⁵

Estava tudo calmo até que, instado a se manifestar mais uma vez sobre o tema, em 2016 o Plenário alterou seu posicionamento por maioria de votos (mesmos sete votos a quatro)¹⁵⁶, para admitir a execução provisória da pena ainda que pendentes os recursos de natureza extraordinária, sob o fundamento de que não estaria comprometido o núcleo essencial do Princípio da Inocência porque o acusado seria tratado como se inocente fosse durante o curso do processo ordinário criminal. No HC 126.292/SP, para determinar a prisão imediata, foi revisitado o argumento da ausência de efeito suspensivo nos recursos de natureza extraordinária, posto que pela dicção do novo Código de Processo Civil, o cabimento deste efeito seria apenas excepcional:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único: A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

O destaque ao dispositivo acima tem como objetivo fomentar no leitor o seguinte questionamento: haveria “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação*” capaz de superar a restrição da liberdade de um cidadão? A resposta, que aparentemente é óbvia, não surtiu nenhum efeito nos ilustres ministros do STF, os quais decidiram que a regra seria a execução provisória da pena.

¹⁵⁴ HC 84.078-7/MG, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. São Paulo: Consultor Jurídico (Conjur), 18 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em 03 ago. 2017.

¹⁵⁶ HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016.

Como bem assevera Aury Lopes Jr.¹⁵⁷, estamos diante de “*mais uma herança maldita da Teoria Geral do Processo*”, que desconsidera a esfera de direitos e liberdades individuais para ater-se, tão somente, ao mero efeito recursal. Adiante, o autor conclui “*que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil*”, ante a impossibilidade de devolver ao imputado o seu ‘tempo’ no caso das Cortes Superiores acolherem o recurso para reduzir-lhe a pena ou alterar seu regime de cumprimento. Se em sua gênese, os processos civil e penal caminharam juntos, não se pode mais conceber tamanha confusão, posto que, nas palavras de Carnelutti¹⁵⁸, “*enquanto o processo civil se preocupa do ‘ter’, o processo penal lida com o ‘ser’*”.

Ante a impossibilidade de o processo durar para sempre, a coisa julgada é vista como verdade, isto é, pode não ser uma verdade, mas subroga-se no papel dela.¹⁵⁹ Mesmo que ninguém tenha o poder de fazer o tempo voltar, o processo traz a crença de que existe sim uma solução para o passado. Como “*o delito é uma desordem e o processo serve para restaurar a ordem*”¹⁶⁰, apenas a reconstrução do passado conduzirá o juiz à certeza (ou verdade) sobre delito. A execução provisória de sanções como a restrição de liberdade, nesse cenário, é um ato de antecipação da verdade que culmina numa desordem institucionalizada.

A controvérsia instaurada em razão do HC 126.292/SP, em tese, não teria nenhum efeito vinculante e produziria efeitos apenas *inter partes*, uma vez que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade não possuem eficácia *erga omnes*, mas apenas uma força persuasiva qualificada. Apesar disso, a possibilidade de execução antecipada da pena gerou um caloroso debate no mundo jurídico, levando tribunais de todo país a adotar idêntico posicionamento, sendo latentes as implicações negativas para a higidez da ordem jurídica.

A consequência de tal desordem foi a interposição das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e pelo

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*

¹⁵⁸ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 57/58.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, ambas tendo como objeto a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Por determinação do Relator Ministro Marco Aurélio as referidas ações foram apensadas para ter julgamento em conjunto, pois objetivam reconhecimento da legitimidade constitucional do novo art. 283 do CPP, inserido pela Lei 12.403/2011. Ambos os processos se fundam, basicamente, no aspecto da harmonização do art. 283, CPP com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, uma vez que a nova redação dada ao dispositivo estaria reforçando os dizeres da Lei Maior.

A ação subscrita pelo Partido Ecológico Nacional – PEN veicula objeto ligeiramente mais amplo, porque postula subsidiariamente a interpretação conforme de dispositivo originário do CPP, o art. 637, que é uma norma anterior à Constituição Federal de 1988. Por isso, foi acrescentado um pedido de recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental, o qual dependerá diretamente do pedido principal da ADC n° 43.

No dia cinco de outubro de 2016, o STF viveu uma tarde pouco feliz quando, por seis votos a cinco, foram indeferidas as liminares nas ADCs 43 e 44 que buscavam reverter a situação deflagrada desde fevereiro do mesmo ano, suspendendo todas as execuções provisórias de pena. Nesta oportunidade, a Corte manteve a possibilidade de execução da pena após a decisão proferida em segunda instância, esquecendo-se, no entanto, de discutir a constitucionalidade do art. 283, CPP.

Tal decisão, ainda que não definitiva, alterou profundamente a lógica processual penal, dando à cúpula do Poder Judiciário um quê de credibilidade social perante aqueles que desconsideram a latente deterioração dos direitos e garantias constitucionais.¹⁶¹ Vê-se que a cultura emergencial encontrou no emprego promocional e simbólico do direito penal um sustentáculo capaz camuflar seus perigosos efeitos, instaurando assim uma ética de resultados do sistema repressivo.¹⁶² Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal colocou o dedo na ferida, demonstrando que *“os mitos processuais penais autoritários subsistem em ambiente*

¹⁶¹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 417.

¹⁶² CHOUKR, *op. cit.*, p. 213.

*democrático, por serem úteis para determinados fins estatais, ainda que esses objetivos (a que se poderia chamar de “jogo sujo”) permaneçam velados nos regimes democráticos”*¹⁶³.

Adaptando a "metáfora do supermercado" de Rui Cunha Martins¹⁶⁴ ao caso brasileiro sobre o Princípio da Inocência, é possível concluir que os ministros do STF, enquanto detentores do poder político-jurídico, mesmo diante de produtos democráticos e produtos autoritários, preferiram os instrumentos autoritários para justificar o atentado contra os direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁵

2.2 “*Jura novit curia*”: Como os ministros do Supremo Tribunal Federal entendem esse direito?

“*O aforismo jura novit curia não é apenas uma regra processual, que significa que o juiz deve achar oficiosamente a norma que se aplica ao facto, sem esperar que as partes a sugiram*”.¹⁶⁶ Nessa linha de raciocínio, ao lado das garantias do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da Presunção de Inocência, a exigência de motivação das decisões judiciais se apresenta como ferramenta de proteção do cidadão frente o poder estatal. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, a democracia extrapola a compreensão de mera “participação popular”, e, principalmente no âmbito do processo penal, pretende resguardar o indivíduo mais débil da relação, ou seja, o réu.¹⁶⁷

A própria Constituição da República, em seu art. 93, inciso IX¹⁶⁸, estabelece o dever do Poder Judiciário de fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade. Calamandrei¹⁶⁹

¹⁶³ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317.

¹⁶⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013 *apud* CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁵ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 15/16.

¹⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. 7ª ed. Trad. de Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1985, p. 39.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Andre Almeida de Azevedo; RIBEIRO, Arthur Almeida de Azevedo Ribeiro. O princípio da Presunção de inocência e suas dimensões: até quanto o espetáculo midiático irá sobrepor-se à Constituição? In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, p. 19/20.

¹⁶⁸ Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em*

compreende a fundamentação das decisões como garantia de justiça, pois é através dela que se reconstrói “o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão”. Esse mecanismo de controle submete o poder público à fiscalização das partes e ao crivo social, facilitando a identificação de possíveis pontos em que o magistrado se desorientou. Não basta que o julgador fundamente seu decisório de forma aleatória e desconectada das discussões trazidas pelas partes, nem tampouco se admite a sentença como texto independente, que apenas guarda uma coerência abstrata com os fundamentos trazidos aos autos.¹⁷⁰

Nessa ótica, pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 2015 andou bem por ter retirado a noção de livre apreciação da prova, trazida expressamente na legislação processual civil anterior. A redação do art. 370 do CPC/15¹⁷¹ se adequa melhor aos propósitos constitucionais, posto que compatibiliza o princípio da motivação das decisões com o princípio do contraditório¹⁷², ambos essenciais para a construção de um raciocínio jurídico genuinamente democrático. No duelo para superar a dúvida do juiz quanto às alegações do processo, defensor e acusador utilizam a arma das razões para duelar, “é como se no cruzamento de duas ruas dois valentões se digladiassem para arrastar o juiz em sua direção”¹⁷³. Nesse sentido:

O contraditório, afinal, envolve, não só a oportunidade de falar, como também a de ser ouvido. A garantia do contraditório exige dos órgãos judiciários atenção e deliberação a respeito do que dizem as partes sobre os fatos e sobre o direito.¹⁷⁴

Assim, é imperioso afastar noções que, pautadas na expressão latina “*narra mihi factum dabo tibi jus*”¹⁷⁵, compreendem a palavra dos julgadores como sendo inevitavelmente o direito, aquilo que é justo ou até mesmo divino. Trata-se, diversamente, de uma constrição ao decisionismo judicial, uma verdadeira baliza para além da qual o juiz não poderá ir. Se às partes

determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁶⁹ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 143.

¹⁷⁰ LUCIANO, Pablo Bezerra. **Dever constitucional obriga juiz a fundamentar decisões**. São Paulo: Conjur, 11 jun. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>. Acesso em 31 ago. 2017.

¹⁷¹ Art. 370. *O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará as razões da formação de seu convencimento.*

¹⁷² Art. 5º, inciso LV, CRFB/88.

¹⁷³ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷⁴ LUCIANO, *op. cit.*

¹⁷⁵ “*Narra-me os fatos e eu te darei o Direito*”.

cabe narrar os fatos e ao julgador cabe dizer o direito, este último estará a todo momento limitado aos elementos de prova trazidos ao processo. Apenas quando a apreciação das provas ocorre sem pressões externas, pautada naquilo que está documentado nos autos e previsto na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o judiciário é capaz de garantir aos indivíduos decisões dentro de parâmetros estreitos, previsíveis e controláveis.¹⁷⁶

Nos interessa, no presente capítulo, a análise da atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal frente às querelas que lhe são submetidas. Ao “dizer o direito”, a Suprema Corte deve(ria) prospectar fundamentos sólidos sobre o texto constitucional, evitando assim subjugar a Constituição da República à sua cognocitividade. Pela importância e amplitude de efeitos das decisões, em algum momento elas refletirão, direta ou indiretamente, na vida de todos os brasileiros, os quais enxergam os ministros e ministras como verdadeiras testemunhas corpóreas da lei.¹⁷⁷

Como ficará demonstrado, não se pode dizer que a decisão proferida nas ADCs 43 e 44 é eivada de vício pois carece de fundamentação. Pelo contrário, verifica-se que além do relator, outros cinco ministros anexaram seus votos aos autos – cada voto ostentando mais de vinte laudas da mais pura retórica. Streck¹⁷⁸ salienta que os referidos votos foram bem escritos e levantaram questões e debates interessantes e pertinentes, mas, de acordo com o autor, o STF errou e reescreveu a Constituição, aniquilando uma garantia fundamental. Em outras palavras, os ministros e ministras estão “*discorrendo bem mas julgando mal*”.¹⁷⁹

Conclui-se, portanto, que mesmo preenchido o requisito da motivação, nem todo argumento é capaz de fundamentar (corretamente) uma decisão judicial. Neste sentido, faz-se necessário ousar e discordar de Piero Calamandrei¹⁸⁰, posto que não é sempre que as decisões judiciais são justas. A justiça, num Estado Democrático de Direito, somente é alcançada quando se observa estritamente o texto da Lei Maior, afinal, “*gostando ou não, essa é a Constituição*”

¹⁷⁶ LUCIANO, *op. cit.*

¹⁷⁷ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. São Paulo: Conjur, 19 fev. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 13 jun. 2017.

¹⁷⁹ CALAMANDREI, *op. cit.*, 149.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 31.

que temos”.¹⁸¹ Quando um juiz profere uma decisão nestes moldes, está colocando em prática a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata, salvaguardando tudo quanto é mais caro cidadãos.¹⁸²

O que se pretende sustentar é que em um contexto de Estado Democrático de Direito, toda e qualquer restrição de liberdade deve ser fundamentada pela autoridade competente e, por consequência, há argumentos que não servem para legitimar tal limitação.¹⁸³ Se o poder conferido pelo Estado aos juízes for mal exercido, a magistratura “*pode fazer passar por justa a injustiça, constranger a majestade da lei a mudar-se em campeã do mal, e imprimir de maneira indelével, sobre a cândida inocência, a marca sanguinolenta, que para sempre a tornará parecida com o delito*”.¹⁸⁴

Calamandrei¹⁸⁵ ainda questiona sobre “*quantas vezes a fundamentação é a reprodução fiel do caminho que levou o juiz àquele ponto de chegada? Quantas vezes pode, ele próprio, saber os motivos que o levaram a decidir assim?*” Ao que parece, essas são as perguntas de um milhão de dólares, e pelo valor simbólico que elas trazem ao debate, a autora se debruçará na tentativa de respondê-las.

2.2.1 Argumentos a favor da execução provisória da pena

Inicialmente, cumpre registrar que a possibilidade de execução provisória da pena foi a opção escolhida pela ministra Carmem Lúcia e pelos ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki. A fim de compreender melhor os motivos que levaram os seis magistrados a adotar tal posicionamento, será realizado um balanço sobre a fundamentação dos ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso e Teori Zavascki, os quais anexaram seus pareceres ao acórdão proferido no âmbito das ADCs 43 e 44.

¹⁸¹ STRECK, 2017, *op. cit.*

¹⁸² CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸³ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 589.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 143.

Optou-se por um estudo voltado para verificação da compatibilidade (ou não) da fala dos ministros à ótica do Estado de Democrático de Direito. Para tanto, serão destacados os principais argumentos que culminaram no indeferimento das liminares sem, contudo, atribuí-los a este ou aquele ministro. Essa metodologia foi escolhida para que se atinja uma abordagem neutra a partir de blocos argumentativos.

Dito isto, para a Suprema Corte, por um placar de seis votos a cinco, a execução criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não compromete o Princípio da Inocência. Para chegar a esta conclusão, a bandeira da ineficiência do sistema penal brasileiro e os exemplos emblemáticos com grande (ou enorme) comoção social foram o carro chefe dos votos. O distanciamento entre o fato, a condenação e o efetivo cumprimento da pena foram apontados como determinantes para a redução da eficácia e da seriedade do direito penal, o qual não está sendo capaz de propiciar satisfação à sociedade. A morosidade judicial em apresentar soluções aos casos concretos, se afigura, portanto, como fator que compromete o direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre um fato criminoso. Por tais razões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos questionou o Brasil sobre a efetividade de seu sistema penal e da proteção dada aos direitos humanos.

Enquanto princípio (e não regra), a “Presunção” de Inocência pode ter sua intensidade ponderada de acordo com diferentes princípios ou bens jurídicos constitucionais conflitantes, posto que os direitos e garantias não são absolutos e podem ser restringidos por outras normas com *status* constitucional. Como depois da condenação em segundo grau de jurisdição há o esgotamento da apreciação de fatos e provas, com a conseqüente demonstração da responsabilidade penal do réu (indícios de autoria e materialidade), a “Presunção” de Inocência perde peso ao ser ponderada com o interesse constitucional de efetividade da lei penal. Nesse cenário, de um lado da balança está o princípio da não culpabilidade (ou “Presunção” de Inocência) e do outro a proteção da credibilidade da Justiça. A dignidade defensiva dos acusados deve então ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país, isto é, a partir disso pode-se dar ao processo penal a capacidade de garantir a pacificação social.

Ocorreu, portanto, uma mutação constitucional que alterou o sentido e o alcance do Princípio da Inocência, sem, contudo, modificar o texto da Constituição. Em um primeiro momento, a Suprema Corte assentou a possibilidade da execução provisória de sentença condenatória na pendência de recursos especial ou extraordinário, entendimento original que teria sofrido mutação constitucional em 2009. A nova mudança perpetrada pelo HC 126.292/SP ocorreu sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação, ou seja, a sensação de impunidade que dominou a sociedade brasileira foi o estopim para que o entendimento acerca do Princípio da Inocência fosse alterado pela Suprema Corte. Em outras palavras, o sentido conservador e extremado dado ao Princípio da Inocência foi alterado com fins de resguardar bens jurídicos como a vida e a integridade psicofísica da coletividade.

Para além de tais argumentos, existe uma salutar diferença entre culpabilidade e prisão, uma vez que apenas a culpabilidade (e não a prisão) está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁸⁶ Como inciso LXI do art. 5º não exige o trânsito em julgado para que se prive a liberdade de alguém, havendo a necessidade de determinação escrita e fundamentada proferida pela autoridade judiciária competente para que se opere o encarceramento. Sob tal ótica, não há correspondência entre o texto constitucional e o art. 283, CPP.

À época do julgamento do HC 126.292/SP, o STF não estava preocupado apenas com aqueles delitos denominados de “colarinho branco”, dando interpretação isonômica ao Princípio da Inocência em face de qualquer crime. Ademais, é cediço que a Constituição procurou dar às instâncias extraordinárias a função de uniformizar e pacificar interpretações no âmbito constitucional e infraconstitucional. Tal posicionamento está elucidado no art. 102, §3º da CRBF/88¹⁸⁷, que exige repercussão geral das questões debatidas em sede de recurso extraordinário, com fins de evitar que o STF funcione como terceiro grau de revisão. Como o

¹⁸⁶ Art. 5º, inciso LVII, CRFB/88.

¹⁸⁷ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.*

Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida é do recorrente.

Sob o ponto de vista processual penal, o art. 637, CPP se impõe como a base legal autorizadora da execução da pena após condenação em segundo grau. O dispositivo trata da ausência do efeito suspensivo do recurso extraordinário (regra que também se estende ao recurso especial) e, por isso, a consequência lógica seria o início imediato da execução penal com a prisão do réu. Com o novo CPC, as disposições acerca desses recursos também passaram a repercutir na seara penal, de modo que a atribuição de efeito suspensivo nestes casos seja sempre excepcional. Por esse entendimento, não resta violado do princípio da reserva legal porque, em tese, o STF não está criando uma nova modalidade de prisão sem previsão em lei.

Há ainda a figura do *Habeas Corpus*, uma alternativa mais ágil do que os recursos de natureza extraordinária. A ampla possibilidade de ajuizamento conferida pelo STF a este remédio constitucional faz com que ele possa, até antes da prolação de sentença criminal pelo juízo de origem, resolver questões processuais que causem lesão ou ameaça à violação, direta ou indireta, ao direito constitucional de liberdade de locomoção do acusado.¹⁸⁸ Não raro, são providos *habeas corpus* acerca de controvérsias como a dosimetria da pena, o regime prisional inicial, as nulidades processuais¹⁸⁹, para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial¹⁹⁰ e, até como substituto de ação de revisão criminal.¹⁹¹ Em outras palavras, enquanto o recurso extraordinário fica limitado a questões constitucionais e que ostentam a marca da repercussão geral, o *habeas corpus* não enfrenta maiores óbices processuais para o seu conhecimento, sendo, no mais das vezes, o meio mais eficaz de impugnação das matérias ora citadas.

¹⁸⁸ HC 123.019, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/4/2016; HC 126.536, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/3/2016; HC 130.219, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 15/3/2016.

¹⁸⁹ HC 132.098, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015).

¹⁹⁰ HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-09-2013.

¹⁹¹ HC 133027, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-02-2014).

O fato de existirem mecanismos aptos a inibir as consequências advindas de equívocos cometidos pelos juízos condenatórios faz com que o pedido de interpretação conforme do art. 637, CPP não mereça acolhimento. Frise-se que em caso plausibilidade jurídica do recurso, será perfeitamente cabível que medidas cautelares outorguem efeito suspensivo aos recursos especial ou extraordinário. Esta razão associada à amplitude do manejo da ação de *habeas corpus* faz com que, mesmo em um contexto de execução provisória da sentença penal, o acusado não esteja desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de seus direitos.

Pode-se dizer, ainda, que no âmbito das instâncias ordinárias são exauridas as possibilidades de exame de fatos e provas, com a conseqüente fixação da responsabilidade do acusado. É também nas instâncias ordinárias que existem os últimos marcos interruptivos do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena. Após a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis¹⁹², os demais recursos interpostos não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional, deixando assim de tutelar a garantia da presunção de não-culpabilidade do apenado, para ser apenas mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Também não existe contradição entre o entendimento elucidado na ADPF 347 e a possibilidade de execução da pena antes de trânsito em julgado. A situação do sistema carcerário há de seguir os parâmetros daquela decisão, ou seja, independentemente do momento em que se inicia o encarceramento, cabe ao Estado as mesmas obrigações no sentido de proteger os direitos daqueles cidadãos que estão sob sua custódia. Por derradeiro, os baixos índices de provimento dos recursos de natureza extraordinária foram apontados como mais um argumento contra o óbice à execução provisória da pena. Nesse sentido, a necessidade de aguardar o julgamento dos recursos especial e extraordinário é uma afronta à efetividade da justiça criminal e acaba por colocar em cheque a própria ordem pública.

O conceito de trânsito em julgado, bem como o momento em que ele ocorre são as questões finais entre os argumentos à favor da execução provisória da pena. Por não haver na CRFB/88 menção expressa a esta matéria, a jurisprudência da Suprema Corte tem afirmado que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional e, como a legislação

¹⁹² Art. 117, inciso IV, CP.

processual penal não traz uma definição acerca do tema, faz-se a importação das noções do Código de Processo Civil¹⁹³. Nesse sentido, em razão da revisão criminal estar literalmente incluída no rol dos recursos e não possuir prazo para a sua interposição, a jurisprudência do STF tem conferido mobilidade ao momento de formação do trânsito em julgado, que fica condicionado a uma espécie de meio termo entre preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva.

Significa dizer que as cortes extraordinárias compreendem que em processo penal, o conceito de coisa julgada não está necessariamente relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Por isso, o STJ adotou idêntico entendimento do STF, determinando que “*o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível*”¹⁹⁴, ou seja, recursos especial e extraordinário somente obstarão a formação da coisa julgada quando admissíveis.¹⁹⁵

2.2.1 Argumentos contra a execução provisória da pena

Mesmo diante do placar apertado, os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski se posicionaram contra a execução provisória da pena. Tal qual no item anterior, será realizada uma análise a partir de blocos argumentativos, com base nos votos vencidos dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli que integraram o acórdão que desproveu as medidas liminares nas ADCs 43 e 44.

Para estes magistrados, a tese da execução provisória de uma condenação criminal é uma afronta aos preceitos constitucionais e, por tal razão, não merece ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de aberração jurídica típica de sociedades autocráticas desprovidas da noção de direitos básicos do cidadão, posto que a Suprema Corte, inserida em um regime democrático, possui um papel institucional de extrema importância. O legislador constituinte

¹⁹³ Art. 502. *Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

¹⁹⁴ Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP, DJe de 12/8/2015.

¹⁹⁵ HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie.

originário conferiu ao STF a guarda e a preservação do texto da Constituição Federal, e isso significa dizer que a atuação dos magistrados desta Corte deve seguir a essência do regime constitucional, o qual é fundado sob os pilares dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Nesse contexto, a trajetória das manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Inocência *versus* a execução provisória foi amplamente dissecada pelos ministros. Na década de 90, a Suprema Corte entendeu por unanimidade que a pendência de REsp ou RE não impediria a execução provisória da sentença condenatória porque ambos os recursos não possuem efeito suspensivo.¹⁹⁶ Em 2009, por sete votos a quatro, consolidou-se na Corte a exigência do trânsito em julgado da condenação para a execução da pena.¹⁹⁷ Novamente instado a se manifestar sobre o tema em 2016, o Pleno alterou por maioria de votos (mesmos sete votos a quatro) seu posicionamento para admitir a execução provisória da pena mesmo que pendentes os recursos de natureza extraordinária, sob o fundamento de que não estaria comprometido o núcleo essencial do Princípio da Inocência porque o acusado seria tratado como se inocente fosse durante o curso do processo ordinário criminal.¹⁹⁸

Ocorre que, em suas decisões (litígios penais ou não), o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar às atribuições que lhe foram outorgadas, sem, contudo, perder a independência que é típica do Poder Judiciário. Daí surge a árdua tarefa de compatibilizar a atividade jurisdicional com as cláusulas mais vitais de um Estado Democrático de Direito, dentre as quais se destaca a liberdade humana.

Como consequência, é um equívoco apontar o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado como causa da ineficácia da jurisdição penal. A solução para insegurança causada pela flagrante sensação de impunidade e pelo abuso dos meios recursais seria a via legislativa, o único meio apto a conferir racionalidade ao sistema processual penal. Verifica-se, portanto, que a flexibilização (ou até desconsideração) de um direito com *status* constitucional

¹⁹⁶ HC n° 68.726/DF, Rel. Min. Néri da Silveira.

¹⁹⁷ HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau.

¹⁹⁸ HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki.

acaba por retardar o avanço e a concretização dessa e de outras garantias igualmente fundamentais.

Muito embora o Princípio da Inocência tenha ingressado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro apenas na Constituição de 1988, seu histórico comprova que foi necessário um longo e árduo caminho para a superação do abuso de poder do Estado. Com raízes na Magna Carta inglesa de 1215 e/ou Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, a garantia significou o estopim da consciência sobre os absurdos perpetrados por regimes absolutistas/totalitários/autocráticos. Por tais razões, a partir da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana de 1948, o Princípio da Inocência foi proclamado em diversos documentos internacionais cujo objetivo precípua era garantir que todos, sem exceção, fossem presumidos inocentes.

O próprio cenário histórico em que foi promulgada a CRFB/88 representa uma ruptura com o antigo regime, que deu lugar a uma sociedade pautada em ideias genuinamente democráticas. Por consequência, a possibilidade de o Poder Público tratar um indivíduo como se culpado fosse antes do trânsito em julgado da condenação é inaceitável, posto que fulmina as conquistas da cidadania perpetradas pelos antepassados.

Ademais, a partir de uma interpretação sistemática do direito pátrio, os presos provisórios e condenados em definitivo têm tratamentos diversos dados pela Lei de Execução Penal¹⁹⁹, devendo ser recolhidos nos locais apropriados²⁰⁰. Então, os indivíduos presos para cumprimento provisório de pena estão a mercê de toda e qualquer injustiça ao serem, de pronto, submetidos a um sistema prisional saturado e dominado por organizações criminosas. Quanto à lei processual penal, com base no art. 283, CPP e nas modalidades de prisão constitucionalmente previstas, a execução provisória da pena esbarra no fato de que esta não se enquadra nas espécies prisão em flagrante ou cautelar, e, nem tampouco, na prisão-pena. A consequência disto é que, fora das duas primeiras hipóteses, não se admite prisão antes do trânsito em julgado da condenação, ou seja, antes de atingido o estado imutável de coisas (ou coisa julgada).

¹⁹⁹ Lei n° 7.210/84.

²⁰⁰ Arts. 87, 91, 93 e 102 da Lei n° 7.210/84.

O Princípio da Inocência, de acordo com os ministros, possui duplo efeito, funcionando como proteção àquele que sofre a persecução penal e como legitimação da execução de sanções, sejam elas privativas de liberdade ou restritivas de direitos. A experiência brasileira sobre tal princípio não pode ser comparada com as de outros Estados Democráticos que não impõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a perda da eficácia do Princípio da Inocência. Trata-se, no Brasil, de cláusula expressa que revela a intenção precípua do legislador originário em proteger tal direito.

Com efeito, a condenação proferida por Tribunal de segunda instância não fulmina nem atenua a “Presunção” de Inocência, ou seja, o texto constitucional não prevê um esvaziamento progressivo da garantia na medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Do mesmo modo, não há distinção entre os acusados por crimes hediondos ou não, persistindo a vedação constitucional em todas as situações com a finalidade de impedir ações do Poder Público no sentido de considerar culpado ou encarcerar um cidadão antes de formada a coisa julgada. Tal efeito conferido às decisões irrecorríveis acaba por consagrar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, dando concretude ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a essencialidade da Princípio da Inocência é tão latente, que até uma simples pena de multa imposta em processo criminal carece do trânsito em julgado para ser executada²⁰¹. Há também outras regras inscritas em diversos diplomas legais que exigem, igualmente, o trânsito em julgado do título judicial condenatório para a execução das penas²⁰². Deve-se ter, ainda, irrestrita atenção quanto a situação paradoxal criada com reconhecimento da tese da execução provisória de condenações criminais: no mesmo momento em que exige o trânsito em julgado para a inserção do nome do réu no rol dos culpados²⁰³, o STF estaria permitindo uma execução prematura da pena, que possui efeitos muito mais gravosos sobre a vida do condenado.

²⁰¹ Art. 50, CP

²⁰² Arts. 105 e 147, LEP e art. 592, Código de Processo Penal Militar.

²⁰³ HC 69.696/SP, Relator Min. Celso de Mello, DJe 01-10-1993.

Acerca do momento em que é atingido o trânsito o julgado, este requisito equivale à formação da certeza da culpa do acusado, a qual seria alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça por ser ele o responsável por zelar pela legislação penal e processual penal. Isso ocorreria porque, enquanto o recurso extraordinário (STF) transcende os interesses subjetivos da parte recorrente, o recurso especial (STJ) está voltado à correção de ilegalidades que dizem respeito àquele indivíduo. Por tais razões, atingida a constituição da certeza a respeito da culpa do acusado com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial, é viável a execução provisória da pena.

Além disto, refutando o argumento de que aguardar o julgamento dos recursos supracitados acabaria por suprimir direitos fundamentais, existem mecanismos capazes de coibir o abuso do direito de recorrer, tais como a baixa dos autos independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena, quando haja o risco iminente da prescrição. Por tal razão, não merece prosperar a afirmação de que não é função dos tribunais superiores examinar justiça ou injustiça das decisões proferidas pelas instâncias inferiores. Nesse sentido, a justiça também é feita a partir da correção de ilegalidades na tipificação do crime, na dosimetria da pena ou na fixação de regime prisional.

3 AS IMPLICAÇÕES DO ENFRAQUECIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Sob o manto do “algo precisa ser feito”, a adoção da cultura emergencial vem ganhando força, sobretudo diante de situações com grande repercussão midiática. Em nome da “luta” contra a criminalidade, decisões judiciais deturpam institutos e buscam revestir de legitimidade a flexibilização de postulados que são consequência lógica do Estado Democrático de Direito²⁰⁴, tal qual ocorreu com o Princípio Constitucional da Inocência.

Nessa lógica, vê-se que a distinção entre “cidadão” e “inimigo” acende a (falsa) necessidade de restringir as garantias processuais e penais dos “maus” para atingir a plenitude da defesa e segurança dos “bons”, operando uma verdadeira “*tarifação da cidadania*” que etiqueta o indivíduo de acordo com o seu grau de possibilidade de usufruir de uma vida social.²⁰⁵ É o que denomina Jakobs²⁰⁶ como Direito Penal do Inimigo, partindo da ideia de que o “inimigo” rompeu com as regras do contrato social e, em decorrência disso, deve ser considerado como não-membro da sociedade e submetido à intervenção penal com o objetivo de evitar os perigos que representa.

A visão elucidada acima resume bem a trajetória que tem passado o Princípio da Inocência no ordenamento jurídico pátrio. Nota-se que seus contornos foram (e, infelizmente, estão sendo) alterados pelo “*decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto*”²⁰⁷, o qual desconsidera a necessidade de “*um direito penal que respeite os Direitos Fundamentais, a partir da tão falada e pouco compreendida dignidade da pessoa humana.*”²⁰⁸

Em linhas gerais, “*nem a suspeita mais veemente poderia estar em condição de restringir o princípio da presunção de inocência, pois antes da condenação transitada em julgado a*

²⁰⁴ CHOUKR, *op. cit.*, p. 179.

²⁰⁵ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p. 20/21.

²⁰⁶ JAKOBS, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 199/200.

²⁰⁸ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p. 25.

presunção de inocência vigora sempre ou não vigora.”²⁰⁹ Nesse sentido, conforme demonstrado no item anterior, em *terrae brasilis* ao Princípio da Inocência, por hora, não vigora.

Não vigora mas tem assento no art. 5.º, inciso LVII da Carta Magna de 1988: "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Tal redação, assim como ocorre no direito constitucional italiano²¹⁰, não utilizou expressamente a locução “Presunção de Inocência”, levando a interpretações forçadas acerca do seu real sentido e normatividade. Dentre os debates doutrinários com maior relevância, destacam-se as Escolas Penais italianas que se debruçaram sobre os modelos de processo penal para, em abreviada síntese, (re)afirmar o dualismo entre a repressão da delinquência e a tutela do interesse individual e social de liberdade.²¹¹

Neste contexto, o consenso de que as expressões “não culpado” e “presumidamente inocente” são sinônimas merece mais atenção. A escola técnico-jurídica italiana capitaneada por Vincenzo Manzini, Alfredo Rocco e Arturo Rocco (século XX), afirmava que o processo não servia para declarar a inocência de um indivíduo, mas sim sua não culpabilidade. Em outras palavras, depois de submetido à persecução penal, dois resultados eram possíveis ao acusado: ou seria culpado, ou não culpado, mas nunca inocente. A “presunção de não culpabilidade”, quando vê o imputado sobre uma ótica de neutralidade, demonstra suas raízes puramente fascistas²¹² e, ao contrário dessa posição, no processo penal contemporâneo edificado sob os pilares do sistema acusatório, as garantias do texto constitucional são extensivas a todos os acusados, sendo possível e esperado que a sentença absolutória declare a inocência.²¹³

A doutrina atual não faz distinção entre esses dois termos, mas a dificuldade de ultrapassar os ideais inquisitoriais (ainda) é um problema crônico. Conforme dito anteriormente, ao não

²⁰⁹ HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Trad. De Patrícia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 109 *apud* CHOUKR, *op. cit.*, p. 147.

²¹⁰ Constituição italiana de 1948, que dispõe em seu art. 27.2: "*O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva*"

²¹¹ GOMES, *op. cit.*

²¹² NICOLITT, *op. cit.*, p. 61.

²¹³ STEIN, Ana Carolina Filippin. Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise(?). Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. In: LOPES, Luciano Santos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. **Processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

mencionar a palavra inocente, o texto constitucional deixou de seguir a linguagem utilizada pelo documento que inseriu o Princípio da Inocência no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Aparentemente, entre seguir a inspiração da Organização das Nações Unidas ou da Escola Italiana Técnico-Jurídica, a Carta de 1988 escolheu seguir o viés fascista e conservador. Nesse sentido, dispõe Nelson Jacinto de Miranda Coutinho²¹⁴:

Depois de oito séculos – não se deve duvidar –, a superação do sistema processual penal inquisitório não é simples e nem haveria de ser. Sendo uma opção política por excelência é, também ideológica e, assim, serve sobremaneira aos sentidos que aproveitam a alguns, em geral detentores do poder ou seus fantoches. O dilema dessa gente, hoje, é a Constituição (antes de tudo), a qual tratam de driblar pela via de uma hermenêutica marota que autoriza, inclusive, exegeses inconstitucionais. A luta deles – sabe-se bem – não é simples, mas como estão do lado do poder tendem a dificultar imensamente e com todas as forças a efetivação da Constituição. O preço que se paga pelo atraso – também se sabe – diz com uma moeda muito cara de cidadania. Mas assim caminha a humanidade...

Conforme aduz Luiz Flávio Gomes²¹⁵, “*em todo processo penal em jogo está, muito facilmente se percebe, um tradicional conflito que se estabelece entre o ius puniendi (estatal) e o ius libertatis (do cidadão)*”. A angulação desse pêndulo depende de inúmeros fatores, tais como o sistema político vigente, o nível de civilização, a situação econômica do país e, principalmente, os interesses das classes dominantes em dado momento histórico. Por isso, apesar da aparente neutralidade do dispositivo constitucional brasileiro, o referido autor completa que:

Se a primazia do processo penal em 1941 (sob plena influência fascista) era do interesse social (repressão da delinquência), agora, depois da CF de 1988, urge a proclamação do interesse oposto (da liberdade individual), que tem como um dos vetores principais a presunção de inocência. [...] Uma Constituição que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5.º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente, parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitado o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade.

Dentro do contexto de tratar (ou não tratar) o indivíduo como se inocente fosse até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é importante destacar outra dicotomia que, na brilhante visão de Choukr, é uma “falsa dicotomia” entre liberdade individual *versus*

²¹⁴ MIRANDA COUTINHO, *op. cit.*, p. 155.

²¹⁵ GOMES, *op. cit.*

segurança social. Estes são, nas palavras do autor, extremos indesejáveis que em nada contribuem para “a construção de um sistema processual penal menos suscetível de interferências momentâneas.”²¹⁶

A busca pela defesa das garantias individuais expõe seus defensores como um mero grupo filiado à esquerda, que estaria fechando os olhos diante do caos e construindo, por consequência, um sistema penal fraco. Do outro lado, o grupo que advoga pela segurança social tende a ser identificado como de direita, preocupado tão somente com a legitimação do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo.²¹⁷ Tem-se aí um raciocínio simplista que não se coaduna com o texto constitucional, tampouco com a *mens* de suas normas.

No discurso do caos, expressões como “impunidade”, “crise” e “medo”²¹⁸ são atreladas a um tom dramático que, no mais das vezes, gera soluções imediatistas (ou emergenciais) que se inclinam ao autoritarismo²¹⁹, o fragilizando a ideia de segurança, e, conseqüentemente, a noção de paz. Conforme preceitua Choukr²²⁰ “*ambos [segurança e paz] implicam na estabilidade e respeito à ordem legal estabelecida no estado democrático e de direito. Neste sentido, a persecução penal se legitima apenas quando obedece aos cânones do modelo político.*”

A utilização de um arsenal anticonstitucional acaba, portanto, por enfraquecer a confiança e o respeito da população em relação ao processo penal. Tomando como norte as lições de Choukr²²¹, é possível concluir que entre liberdade individual e segurança social não pode haver uma dicotomia, mas sim uma complementariedade obtida através do respeito, pelo Estado, dos direitos individuais e coletivos. O sistema penal num Estado Democrático “e de” Direito não serve meramente à persecução penal, devendo a todo momento buscar a defesa do indivíduo frente o poder estatal.

²¹⁶ CHOUKR, *op. cit.*, p. 10.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁸ MORO faz defesa enfática da prisão de condenados em 2ª instância. Rio de Janeiro: **Jornal Nacional**, 26 ago. 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/moro-faz-defesa-enfatica-da-prisao-de-condenados-em-2-instancia.html>>. Acesso em 28 ago. 2017.

²¹⁹ CHOUKR, *op. cit.*, p. 34.

²²⁰ *Ibid.*, p. 12.

²²¹ *Ibid.*, p. 12.

É o que denomina Rubens Casara²²² de “*processo penal do espetáculo*”, em cujos contornos não há espaço para a preservação dos direitos fundamentais, os quais passam a ser demonizados com o auxílio dos meios de comunicação em massa.²²³ O “programa” televisivo do diálogo, da concretização de direitos fundamentais e da construção dialética do caso penal a partir da atividade das partes – gestão compartilhada da prova –, estaria substituído, até segunda ordem, por:

Um programa autoritário feito para pessoas que se acostumaram com o autoritarismo, que acreditam na força, em detrimento do conhecimento, para solucionar os mais diversos e complexos problemas sociais e que percebem os direitos fundamentais como obstáculos à eficiência do Estado e do mercado.

Nasce daí uma perspectiva maniqueísta que afasta a lei e enfraquece as formas processuais, as quais passam a ser vistas apenas como obstrução para a feitura da “justiça criminal”. Vê-se que o cidadão é obrigado a engolir “*uma desculpa de [que para] punir os “bandidos” que violaram a lei, os “mocinhos” também violam a lei*”²²⁴, e assim o brasileiro se torna um verdadeiro *foie gras*²²⁵! Em interpretação livre, na guerra entre quem viola mais a lei, desaparecem as diferenças entre mocinhos e bandidos, assim como a superioridade ética que deveria distingui-los, restando apenas a barbárie. “*Em nome da democracia, rompe-se com os princípios democráticos*”²²⁶.

Casara²²⁷ ensina ainda que a consequência de tudo isso é que no “novo” “*processo penal, os fins justificam os meios (não causa surpresa, portanto, os ataques da parcela da magistratura ao princípio da presunção de inocência apontado como uma das causas da impunidade)*”. Nessa ótica, é notório que “*o intérprete, via de regra, continua a ser “irresponsável”, ignorando o sistema de garantias da Constituição e interpretando conforme sua adequação cultural*”²²⁸.

²²² CASARA, Rubens R. R. Processo penal do espetáculo. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JIAPISSU, Carlos Eduardo Adriano Jiapissu (Org.). **Processo Penal e garantias**: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 438.

²²³ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 44.

²²⁴ *Ibid.*, p. 439.

²²⁵ Termo em francês que significa “fígado gordo”: é o fígado de ganso ou pato que foi forçosamente alimentado à exaustão, o que levou à hipertrofia lipídica do órgão.

²²⁶ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 31.

²²⁷ CASARA, 2016, *op. cit.*, p. 439.

²²⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 431.

Quanto ao malfadado Princípio da Inocência, pouco (ou nada) tem restado, uma vez que este vem sucumbindo às tendências pessoais, políticas e circunstanciais dos intérpretes.

Pelo exposto, pode-se concluir que o casamento o Princípio da Inocência e o processo penal brasileiro está (mais do que) em crise. A esperada compatibilização dos princípios constitucionais e o processo penal fracassou, e com o aumento da criminalidade, é lugar comum acreditar que um poder punitivo estatal despreocupado com as regras do jogo será melhor e mais eficiente, capaz de diminuir ou até aniquilar a criminalidade. Deixando a ficção e voltando à realidade, tais argumentos apenas reforçam os traços do sistema inquisitorial, cujos subprodutos não são a justiça ou a segurança, mas sim a presunção de culpabilidade e o direito penal do inimigo.²²⁹

A tendência destacada acima comprova que o Princípio da Inocência e o processo penal estão trilhando caminhos diferentes. A despeito de sua previsão expressa na Carta Magna, da internacionalização de documentos internacionais sobre o tema e de sua relação de cogência com o Estado Democrático de Direito, o direito vem sendo adjetivado como um mito²³⁰, um ilustre desconhecido²³¹ de uma sociedade que ignora “*os possíveis resultados processuais e sociais da sua inobservância*”²³² porque apenas o conhece por ouvir falar, sem, contudo, o perceber como algo real e concreto.

*“Não se trata, como querem alguns, de enjeitar todo o Direito Penal [e o Processo Penal], cuja importância simbólica de limite precisa ser reiterada, nem de o endeusar como salvação das mazelas sociais”.*²³³ Seguindo esse raciocínio, não se pretende afirmar que o Princípio da Inocência deva ser revestido com um manto dogmático, deixando-o intocável em qualquer situação. O apelo de torná-lo uma verdade universal e necessária é tão perigoso quanto a tendência de mitigá-lo por completo, havendo posicionamentos doutrinários para ambos os lados: há quem generalize o Princípio da Inocência ao ponto de vulgarizar o Direito Penal e

²²⁹ STEIN, *op. cit.*

²³⁰ MORAES, *op. cit.* p. 337.

²³¹ CASARA, Rubens R. R. **Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência**. São Paulo: Justificando, 17 jan. 2015. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em 17 set. 2017.

²³² STEIN, *op. cit.*

²³³ MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, p.25.

Processual Penal, questionando o instituto das prisões cautelares; e há quem analise a garantia processual sob a ótica individualista, dando margem a relativismos.²³⁴

Ao enunciar tantos direitos fundamentais afetos à matéria penal, a Constituição da República Federativa do Brasil 1988 evidencia que a tutela penal é prioritária no processo civilizatório do país. No entanto, a persecução penal também encontra salvaguarda no texto constitucional e que demonstra que “*o processo penal, seja ao conceber o acusado como sujeito de direitos, seja ao aplicar devidamente a lei penal, afastando a impunidade, está a tutelar direitos fundamentais individuais e coletivos*”.²³⁵ Dessa maneira, o Princípio da Inocência, assim como outros direitos do acusado:

Deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo, leal ao acusado, assegurada a paridade de forças entre acusação e defesa, mas que não compactua com a impunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade.²³⁶

No decorrer do presente trabalho, foi exaustivamente repetida a afirmação de que o Brasil é um país onde vigora o Estado Democrático de Direito, e isso tem um fundamento: espera-se que “*a mentira repetida mil vezes, torne-se verdade*”.²³⁷ No entanto, conforme aduz Rubens Casara²³⁸, “*se não convém afirmar o desaparecimento do Estado Democrático de Direito, falar em crise serve para ocultar a mudança paradigmática*”, posto que “*o Estado não pode mais ser tido como democrático, em especial diante da forma como trata os direitos e garantias fundamentais*”²³⁹.

É certo que a cultura democrática é marcada pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais e de controle do poder do Estado, principalmente durante a persecução penal. Quando o Princípio Fundamental da Inocência é desmerecido pelos atores do processo e

²³⁴ STRECK, 2012, *op. cit.*, 76/79.

²³⁵ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 62/63.

²³⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

²³⁷ Alusão à frase “*Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade*”, atribuída ao ministro da Propaganda de Adolf Hitler, Paul Joseph Goebbels (29 de outubro de 1897 – 1º de maio de 1945).

²³⁸ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 13.

²³⁹ *Ibid.*, p. 16.

deixa de agir como filtro dos poderes estatais, a sociedade é submetida a toda sorte de desvios²⁴⁰ em nome da superação de uma “crise”. No entanto, essa “crise” deixou de designar algo provisório, emergencial, para *“ocultar uma opção política por manobras e ações justificadas pela falsa urgência ou pelo falso caráter extraordinário do momento.”*²⁴¹

De pronto, conforme dispõe Igor Nery de Figueiredo em tradução livre da obra de Abel Fleming e Pablo López Viñals, *“a presunção unicamente significa que a pena como sanção não é um prius, senão um posterius; que não é um ex ante no processo senão um ex post; não é uma medida preventiva ou ante delictu, senão uma sanção retributiva ou post delictum”*.²⁴² No entanto, o princípio em apreço não segue verdadeiramente o mesmo raciocínio que está na base de outras presunções jurídicas, qual seja, a probabilidade de ocorrência de um resultado. Em outras palavras, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a probabilidade é oposta, sendo a sanção aquilo que vem primeiro, aquilo que é baseada em suposições e, por fim, aquilo que funciona como medida antecipatória.

A gravidade do esvaziamento da garantia é facilmente constatada quando se analisa a natureza jurídica do Princípio da Inocência. Sob o ponto de vista extrínseco ou formal, ele se configura como direito constitucional fundamental, inserido no rol de direitos e garantias da pessoa humana. Por esta razão, conforme aduzido no primeiro capítulo, *“nos parece que presunção de inocência deva ser onipresente, e por que não (?), inquestionável.”*²⁴³ Já sob a ótica intrínseca ou substancial, trata-se de *“um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.”*²⁴⁴

Ante tais atributos, a doutrina processual atribui ao Princípio da Inocência um conteúdo tridimensional, posto que sua proteção irradia para três dimensões distintas. São elas “a) a

²⁴⁰ CASARA, 2015, *op. cit.*

²⁴¹ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 13.

²⁴² FLEMING, Abel; VIÑALS, Pablo López. **Garantias del imputado**. Santa Fe: Rubin-zal-Culzoni, 2008, p. 30 *apud* FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 54.

²⁴³ STEIN, *op. cit.*

²⁴⁴ GOMES, *op. cit.*

dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); b) a dimensão de garantia (regra do Estado); e c) a dimensão probatória (regra de juízo)”.²⁴⁵

“*Como regra de tratamento, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc*”.²⁴⁶ Ser tratado como se inocente fosse “*até que advenha a certeza jurídica da culpabilidade oriunda de uma sentença penal irrecorrível*”²⁴⁷ impõe que o acusado seja protegido das intemperanças do processo penal, dentre as quais se destacam o uso desnecessário de algemas, a exposição humilhante, a divulgação abusiva de fatos e nomes, dentre outros. Na lógica do mencionado processo penal do espetáculo, a facilidade de propagação de notícias alimenta os anseios mais primitivos da população, que vai na contramão dos juízos democráticos ao realizar julgamentos públicos e antecipados dos acusados, como se o processo criminal fosse um verdadeiro folhetim.²⁴⁸

A dimensão da garantia é dirigida ao Estado, que na sua atividade acusatória ou probatória deverá observar estritamente as regras do ordenamento jurídico. Não se pode admitir que a comprovação da culpabilidade seja obtida a qualquer custo, em desacordo com o devido processo legal e sem revestir-se da devida legalidade. Nesse sentido, a atividade jurisdicional deve(ria) afastar “*tentações totalitárias (de fazer do imputado um objeto a ser manipulado pelo Estado) e [...] perversões inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira, em especial aqueles que não interessam à sociedade de consumo*”²⁴⁹ como a população negra e carente.

No campo probatório, o ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável (imputação subjetiva) deles ao acusado cabe a quem formula a acusação²⁵⁰. Como órgão acusador constitucionalmente incumbido do exercício do direito de ação, o Ministério Público tem o dever de demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade afirmadas. Mesmo em situações de

²⁴⁵ CASARA, 2015, *op. cit.*

²⁴⁶ GOMES, *op. cit.*

²⁴⁷ CASARA, 2015, *op. cit.*

²⁴⁸ STEIN, *op. cit.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Art. 129, inciso I, CRFB/88 c/c art. 156 CPP.

inércia por parte da defesa técnica, quando o Estado não for capaz produzir provas seguras da conduta típica, ilícita e culpável descrita na peça vestibular (denúncia ou queixa), a absolvição do acusado é medida que se impõe. “*É também a dimensão probatória do princípio da presunção de inocência que torna inconstitucional qualquer ato (legislativo, administrativo ou judicial) que implique na inversão do ônus da prova no processo penal.*”²⁵¹ Por fim, por conta desta dimensão do Princípio da Inocência, o manejo da prova penal se orienta pela expressão latina “*in dubio pro reo*”, que determina que qualquer dúvida no contexto fático do processo aproveita ao réu. No caso de dúvida, “*a presunção de inocência impõe ao acusador o ônus de afastá-la, sob pena de se consolidar, na sentença final, a absolvição do acusado*”.²⁵²

Ocorre que, nem mesmo a importância das três dimensões supracitadas foi suficiente para colocar a salvo o Princípio da Inocência. O crescente ódio para com aqueles que respondem como réus a um processo penal foi alimentado pelo desrespeito ao esgotamento de todos os recursos cabíveis em caso de condenação. Foi em nome das “melhores intenções” que o Supremo Tribunal Federal, absorvido pela opinião pública e sob a justificativa de combater a corrupção, afastou uma regra democrática de importância e essencialidade ímpares, fazendo ele próprio a corrupção da própria democracia.²⁵³ Sobre esses traços de autoritarismo, Rubens Casara²⁵⁴ disserta que:

Na democracia constitucional, que introduz a rigidez constitucional e a presença de garantias constitucionais inegociáveis pensadas para evitar novos delírios autoritários, cabe ao Judiciário a função de resguardar os limites legais impostos ao poder político, ao poder econômico e ao exercício do próprio poder jurisdicional. Dentre esses limites, destacam-se os direitos e garantias fundamentais, verdadeiros trunfos contra a opressão e maiorias de ocasião, inclusive no Parlamento. As garantias constitucionais dos direitos fundamentais, portanto, são igualmente garantias da própria democracia: afastar ou “relativizar” direitos e garantias é sempre um passo ao autoritarismo.

No atual cenário jurídico brasileiro, onde se opera a antecipação da punição, um leque de medidas vexatórias e estigmatizantes são prematuramente impostas ao acusado. Nesse sentido, o controle social voltado para a repressão é feito por um Poder Judiciário que, ao invés de

²⁵¹ CASARA, 2015, *op. cit.*

²⁵² FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 57.

²⁵³ CASARA, Rubens R. R. Tentação autoritária: A opinião pública não autoriza o afastamento das regras democráticas. Rio de Janeiro: **O Globo**, 03 jun. 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/opiniao/tentacao-autoritaria-21430663>>. Acesso em 21 out. 2017.

²⁵⁴ *Ibid.*

garantidor de direitos, se agiganta e assume a função política de regulador das expectativas do "povo"²⁵⁵ e como reformador constitucional.²⁵⁶ Acreditar neste caminho como “solução” significa ostentar a crença de que com a morte de uma só bactéria, toda a colônia será aniquilada.

Por óbvio, o que ocorreu foi exatamente o inverso, a contaminação da democracia!

3.1 Um prognóstico para o Princípio da Inocência

O título deste item remete à necessidade de apresentar uma previsão baseada em fatos reais e atuais, indicando o provável futuro do Princípio Inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Pouco mais de um ano depois de indeferir as medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, a Suprema Corte ainda tem diante de si a necessidade de julgar o mérito das referidas ações. Depois de analisar os votos dos ministros, bem como as implicações da flexibilização da garantia constitucional, faz-se necessário traçar um prognóstico, ou seja, diante dos debates acalorados na comunidade jurídica, haveria a possibilidade de uma nova revisão no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Inocência? A balança da justiça – que ostenta em um dos pratos os inalienáveis direitos fundamentais e no outro os direitos da coletividade –, poderia retornar ao equilíbrio sem mais sacrifícios às cláusulas indecíveis?²⁵⁷

Diante do estudo realizado até o momento e tendo em vista o instituto do trânsito em julgado, observa-se que o Supremo Tribunal Federal estará equivocado em qualquer dos posicionamentos que adotar, posto que ambos desconsideram que o processo só termina quando o juiz ou tribunal pronuncia a última palavra.²⁵⁸ Se primeira corrente admite a execução da pena após julgamento em segunda instância e a segunda defende que a prisão só pode ocorrer após julgamento do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ambas deixam de lado o dispositivo constitucional, ignorando completamente a necessidade de uma decisão irrecorrível para que sejam impostas ao cidadão penas restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

²⁵⁵ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 37/42.

²⁵⁶ GONÇALVES, no prelo, *op. cit.*

²⁵⁷ NICOLITT, *op. cit.*, p. 104.

²⁵⁸ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 69.

Quanto à corrente que exige a decisão em recurso especial, como bem asseverou o ministro Marco Aurélio Mello, haveria sinal de evolução, embora parcial, em aguardar pelo menos a manifestação do STJ.²⁵⁹

Pois bem, considerando esse (nefasto) panorama, com o falecimento do ministro Teori Zavascki a composição do Supremo foi alterada, sendo o jurista Alexandre de Moraes o escolhido pelo presidente Michel Temer para ocupar a décima primeira cadeira da Corte. Em entrevista²⁶⁰, o agora ministro Alexandre de Moraes afirmou que enquanto não houver revisão acerca da matéria, aplicará a posição do Plenário firmada em outubro de 2016. Quanto ao seu entendimento sobre o tema, mesmo deixando-o em aberto, sua obra acadêmica indica que ele não considera inconstitucionais as condenações criminais após o fim de recursos na segunda instância.

O ministro Gilmar Mendes já adiantou que mudará de posicionamento, afirmando agora que execução da pena deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ. Já a ministra Rosa Weber, que foi contra a execução antecipada da pena, afirmou estar refletindo sobre o tema, podendo mudar de entendimento para se posicionar a favor da execução da condenação antes do trânsito em julgado.²⁶¹ Isso demonstra um problema típico dos países em processo de (re)democratização, onde a atuação dos operadores do direito culmina com a falência estrutural do idealizado pacto de civilidade.²⁶²

Se o mérito das ADCs 43 e 44 fosse julgado hoje, o placar seria uma incógnita, e a sorte das ações e dos recursos dependeria de uma dose de bom humor do(a) ilustre relator(a). Isso corresponde a uma grave quebra sistêmica do regime político-jurídico democrático, onde o conceito de “segurança social” se torna inversamente proporcional à preservação das normas fundamentais. Em outras palavras, o Brasil está diante de uma verdadeira “*loteria*

²⁵⁹ MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. Ministros da 1ª Turma defendem pacificação no STF sobre execução antecipada de penas. São Paulo: **Estadão**, 19 set. 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministros-da-1a-turma-defendem-pacificacao-no-stf-sobre-execucao-antecipada-de-penas/>>. Acesso em 21 out. 2017.

²⁶⁰ Moraes: STF está dividido sobre execução provisória. Brasília: **Jota**, 19 set. 2017. Disponível em <<https://jota.info/justica/moraes-stf-esta-dividido-sobre-execucao-provisoria-19092017>>. Acesso em 20 set. 2017.

²⁶¹ MOURA; PIRES, *op. cit.*

²⁶² CHOUKR, *op. cit.*, p. 212/215.

decisionista”²⁶³ onde o “prêmio” é o rapto de uma garantia fundamental. Por consequência, o emprego do sistema repressivo é uma ilusão, posto que quando a democracia não sai ilesa, ninguém sai vencedor.²⁶⁴

A partir do momento em que a Constituição Republicana optou por um sistema garantista, fixou também que a proteção da liberdade e a limitação do poder estatal preponderaram sobre o interesse pela repressão. Nesse sentido, ainda que STF reverta a decisão liminar nas ADCs 43 e 44, a ferida na sociedade brasileira permanecerá aberta e vulnerável, pois novas opções políticas finalisticamente bem intencionadas poderão, mais uma vez, se utilizar do processo penal em dissonância com os ditames constitucionais, flexibilizando o Princípio da Inocência e outras garantias igualmente essenciais e indecidíveis. O campo penal, que deveria estar umbilicalmente ligado ao conjunto de garantias fundamentais, se reveste da figura promocional e simbólica, e investe no sistema repressivo como premissa para o alcance de uma justiça institucional.²⁶⁵

No entanto, “*a grande mentira do jogo está em vender a ideia (global) que somente com essas medidas se garante a vida em paz*”²⁶⁶, porque o cidadão, para onde quer que lance o olhar, só conseguirá enxergar violações aos seus direitos fundamentais, bem como a adoção de medidas autoritárias e de exceção.²⁶⁷ De acordo com a brilhante posição do professor Rodrigo Machado Gonçalves, “*chega-se à constatação de que não há coerência epistêmica no Supremo Tribunal Federal, ao contrário, ele se contradiz diuturnamente, nega quem deveria comandá-lo e, assustadoramente, a si mesmo.*”²⁶⁸

Ainda que se sustente que o cumprimento antecipado da prisão-pena seja um instrumento para punir aqueles que assaltam os cofres públicos e protagonizam escândalos bilionários de corrupção, o Brasil (ainda) vive numa sociedade marcada por profundas desigualdades sociais. A realidade, mesmo que seja negada, é a associação entre crime e pobreza, o que implica, na maioria das vezes, em “*uma política não de integração e combate aos problemas da ordem*

²⁶³ OLIVEIRA; STRECK, *op. cit.*, p. 589.

²⁶⁴ CHOUKR, *op. cit.*, p. 215.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 213.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 216.

²⁶⁷ NICOLITT, *op. cit.*, p. 138.

²⁶⁸ GONÇALVES, no prelo, *op. cit.*

social, mas a medidas de punição e controle dos pobres".²⁶⁹ As próprias atitudes da Suprema Corte demonstram que a revisão de um posicionamento envolve, quase sempre, processos ligados a grandes nomes que, com suas contas bancárias recheadas e enorme influência político-econômica, conseguem trazer reflexão aos ilustres ministros.²⁷⁰ Observa-se que num Estado onde os limites ao exercício do poder estão enfraquecidos, *"o poder econômico e poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor."*²⁷¹

Resta demonstrado que o problema da criminalidade – seja ela branca ou negra, considerando que brancos incorrem em crimes de colarinho “branco” e negros traficam drogas e armas –, *"reside também no desprezo pelo contexto social e no anseio por soluções rápidas, o que, muitas vezes, conduz à adoção de modelos que, não se ajustando a determinada realidade, levam a mais frustração"*.²⁷² As causas e as soluções relativas à criminalidade não guardam nenhuma relação com o processo penal, pelo contrário, um não serve (e nem pode servir) de farol para o outro, ou seja, o processo não é uma medida profilática ao problema da criminalidade, tampouco as políticas de segurança e de combate à impunidade devem buscar no processo uma solução para a criminalidade.²⁷³

Levando em consideração os prejuízos de caráter moral e social que um processo gera àquele que está no polo passivo²⁷⁴, qualquer restrição de liberdade ou de direitos precisa seguir certas exigências. Enquanto a prisão penal (definitiva) decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão processual (cautelar, provisória) ocorre no curso do processo para preservar um eventual direito de punir, só podendo ser decretada quando presentes os requisitos mínimos autorizadores.²⁷⁵ Admitir a execução provisória da condenação criminal significa criar um terceiro tipo de prisão no ordenamento pátrio, o que reforça ainda mais o mito

²⁶⁹ NICOLITT, *op. cit.*, p. 139.

²⁷⁰ Pronto, falei! ‘Temos um condenado com presunção de inocência’, diz Gilmar ao libertar Dirceu. São Paulo: **Coluna do Estadão**, 03 mai. 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/pronto-falei-temos-um-condenado-com-presuncao-de-inocencia-diz-gilmar-ao-libertar-dirceu/>>. Acesso em 23 out. 2017.

²⁷¹ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 23.

²⁷² NICOLITT, *op. cit.*, p. 138/139.

²⁷³ *Ibid.*, p. 147.

²⁷⁴ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 57.

²⁷⁵ NICOLITT, *op. cit.*, p. 111/112.

da guerra e do inimigo, com a crença deturpada de que para uma política de segurança pública eficaz, o fundamento é a força.²⁷⁶

Vale citar que “*é necessário se sentir pequeno para ser grande*”²⁷⁷, isto é, para que um ministro do Supremo Tribunal Federal compreenda a gravidade de encarcerar alguém na ausência de confirmação definitiva de culpa, deve ele mesmo se colocar no lugar do acusado. Isso porque, ao ser submetido à persecução penal, o réu é automaticamente oferecido à multidão, uma fera indomável e insaciável que alimenta-se da especulação midiática. “*O indivíduo, desta forma, é feito em pedaços. E o indivíduo, recordemo-lo, é o único valor que deveria ser salvo pena civilidade*”.²⁷⁸

É evidente, portanto, o distanciamento da normalidade democrática e o mergulho de cabeça em um estado de exceção²⁷⁹, mas, conforme leciona o mestre Francesco Carnelutti²⁸⁰, “*as coisas mais simples são as mais difíceis de serem compreendidas*”.

Na tentativa de restaurar a ordem diante do caos²⁸¹, tal interpretação retrospectiva se mostra em desacordo com os ditames constitucionais, uma vez que se opõe “*a uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista e democrática*”²⁸². Conforme aduz Rubens Casara²⁸³:

A conclusão é simples: um processo penal que se quer democrático deve, no mínimo, instrumentalizar as garantias e implementar os projetos inseridos na Carta Maior. Deve, em última análise, concretizar o desenho constitucional. A Constituição da República pugna por uma interpretação projetiva (*rectius*: prospectiva) do processo penal.

Isto posto, o prognóstico para o Princípio da Inocência é terrível! Com uma visão desprovida de apego à justiça, os intérpretes do texto constitucional se apoiam em todo tipo de falácia para driblar um conteúdo garantista que foi duramente conquistado pela sociedade

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 143.

²⁷⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 35.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 49.

²⁷⁹ NICOLITT, *op. cit.*, 142.

²⁸⁰ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 28.

²⁸¹ CHOUKR, *op. cit.*, p. 212.

²⁸² CASARA, 2003, *op. cit.*, p. 206.

²⁸³ *Ibid.*, p. 201.

brasileira. O discurso do pânico legitima a atuação antidemocrática do Supremo Tribunal Federal, de modo que, qualquer deturpação de direitos é legítima e quaisquer postulados do Estado Democrático de Direito são sacrificáveis em nome dessa luta.²⁸⁴

A opção político-simbólica pela flexibilização do Princípio da Inocência “*busca a recomposição do estado de direito através da quebra das garantias fundamentais que sustentam, por definição, esse mesmo estado*”.²⁸⁵ Vê-se assim, uma clara demonstração de que realidade é tão assustadora que é desnecessário protestar contra ela, “*basta expô-la*”!²⁸⁶

²⁸⁴ CHOUKR, *op. cit.*, p. 215/216.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 66.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 82.

CONCLUSÃO

A análise dos motivos e das implicações da flexibilização do Princípio da Inocência possui relevância indelével para os debates político-jurídicos contemporâneos, em razão da essencialidade desta garantia e da gravidade das posturas de matriz autoritária para a lógica de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a presente monografia buscou escancarar a vulnerabilidade dos cidadãos e de seus direitos fundamentais frente um Supremo Tribunal Federal reativo e despreocupado com os fundamentos democráticos expressos na Carta de 1988. Em nome do combate à criminalidade e seus subprodutos – impunidade, insegurança, descredibilidade do Poder Judiciário, medo, crise, etc. –, no Brasil voltou a vigorar um estado de exceção, sendo o autoritarismo visto como um “mal necessário” para o alcance da ilusória “segurança social”.

Esse distanciamento do Supremo Tribunal Federal do poder-dever de guarda do texto constitucional o levou a indeferir as liminares das ADCs 43 e 44 e, a partir da referida decisão, ficou demonstrado o caráter punitivista enraizado na cúpula Poder Judiciário. Mesmo com a inclusão expressa do Princípio da Inocência no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, o cidadão brasileiro continua a ser “criminalizado por atacado”²⁸⁷, bastando o pronunciamento jurisdicional de segunda instância para que se inicie o cumprimento da sanção imposta. Por consequência, o verdadeiro Estado Democrático de Direito deixou de existir no momento em que, por meio da atividade hermenêutica, foi rompida a cultura de respeito à Constituição Republicana e aos direitos e garantias fundamentais.²⁸⁸

A noção de processo penal voltado para a concretização da liberdade foi totalmente esquecida, sendo possível a inserção de um indivíduo no sistema penitenciário mesmo que pendente um recurso nas instâncias extraordinárias. O julgamento parcial das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 é, nesse contexto, uma decisão sobre cláusula indecidível que altera totalmente a lógica processual penal, obstaculizando a efetividade das três dimensões do Princípio da Inocência. Assentadas tais premissas, conclui-se que o quadro é desolador e aqueles

²⁸⁷ CHOUKR, *op. cit.*, p. 68.

²⁸⁸ CASARA, 2017, *op. cit.*, p. 62.

que primeiramente deveriam resguardar o projeto de 1988 são os mais condescendentes com o pacto de tornar regra as violações da normatividade constitucional.

Nesta linha, *“identificar os problemas e as contradições inerentes ao jogo democrático funciona como uma espécie de medida preventiva contra o autoritarismo, porque permite a revisão crítica capaz de corrigir os rumos e impedir a tentação autoritária.”*²⁸⁹ Mesmo que a práticas autoritárias como a que flexibilizou o Princípio da Inocência sejam muitas vezes aplaudidas e as absolvições sejam vistas como exemplos de impunidade²⁹⁰, há urgência em reafirmar os propósitos do conteúdo garantista consagrado na Constituição da República.

Por via de consequência, o rapto de uma garantia fundamental dos cidadãos, ainda que preocupante, faz nascer na sociedade – e na comunidade jurídica como um todo –, uma consciência acerca dos perigos de não operacionalizar e maximizar a liberdade democrática. Diante deste cenário, quanto ao saudoso Princípio da Inocência, pode-se afirmar que *“enquanto ninguém o perturba, o direito rodeia-nos invisível e impalpável, como o ar que respiramos, insuspeitado como a saúde, cujo preço apenas conhecemos quando se perde.”*²⁹¹

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 62.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 107/109.

²⁹¹ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 29/30.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. Vade Mecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 353-499.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. Vade Mecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 3-139.

_____. Código Penal (1940). **Código penal**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. Vade Mecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 505-578.

_____. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. Vade Mecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 581-683.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.** Código de Processo Penal Militar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44.** Requerentes: Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. Brasília, 19 mai. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578.** Requerentes: Partido Popular Socialista, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Confederação Nacional das Profissões Liberais. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 19 abr. 2011. Julgado em 16 fev. 2012. Publicado em 29 jun. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4070308>>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 132.098/SP.** Paciente: Luciano Maz Machado Viviani. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 11 dez. 2016. Julgado em 05 abri. 2016. Publicado em 27 abri. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 131.918/SP.** Paciente: Felix Echezona Apeh. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. São Paulo, 02 dez. 2015. Julgado em 16 fev. 2016. Publicado em 02 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 133.027/ES.** Paciente: Sergio Mayer Alves de Brito. Coator: Relator do ARESP nº 485.753 Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Espírito Santo, 17 fev. 2016. Julgado em 05 abr. 2016. Publicado em 26 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 130.219/ES.** Paciente: Carlos Itamar Coelho Pimenta. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Espírito Santo, 04 set. 2015. Julgado em 01 mar. 2016. Publicado em 15 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 128.714/SP**. Paciente: Sidnei Santos de Freitas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. São Paulo, 08 jun. 2015. Julgado em 06 out. 2015. Publicado em 16 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 126.536/ES**. Paciente: Gedelti Victalino Teixeira Gueiros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Espírito Santo, 02 fev. 2015. Julgado em 01 mar. 2016. Publicado em 28 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n° 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 15 jan. 2015. Julgado em 17 jan. 2016. Publicado em 17 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 123.019/ES**. Paciente: Carlos Itamar Coelho Pimenta. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Espírito Santo, 19 jun. 2014. Julgado em 01 mar. 2016. Publicado em 28 abri. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 124.022/SP**. Paciente: Sherree Datrawn Lawrence. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 03 set. 2014. Julgado em 14 mar. 2015. Publicado em 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 115.015/SP**. Paciente: Majer Zajac. Coator: Relator do HC n° 251.427 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. São Paulo, 28 ago. 2012. Julgado em 27 ago. 2013. Publicado em 19 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 86.125/SP**. Paciente: Ary Archanfelo Mattos Trindade. Coator: Juiz de Direito da Comarca de Cerqueira César. Relatora: Ministra Ellen Grace. São Paulo, 14 jun. 2005. Julgado em 16 ago. 2005. Publicado em 02 nov. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Minas Gerais, 15 mar. 2004. Julgado em 05 fev. 2009. Publicado em 26 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 69.696/SP**. Paciente: Jose Severino da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, 15 ago. 1991. Julgado em 18 dez. 1992. Publicado em 04 fev. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 68.726/RJ**. Paciente: Fernando Eduardo Ayes da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministro Néri da Silveira. Rio de Janeiro, 06 jun. 1991. Julgado em 28 jun. 1991. Publicado em 01 ago. 1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n° 386.266/SP**. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Luciano Tozzi Nogueira, José Carlos Bolliger Nogueira Filho, Carlos Eduardo Tozzi Nogueira. Relator: Ministro Gurgel de Faria. São Paulo, 27 ago. 2014. Julgado em 18 ago. 2015. Publicado em 03 set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. São Paulo: **Consultor Jurídico**, 18 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em 03 ago. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. 7ª ed. Trad. de Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1985.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Isabela Cristina Sierra. 2 ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. Processo penal do espetáculo. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JIAPISSU, Carlos Eduardo Adriano Jiapissu (Org.). **Processo Penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 437-440.

_____. Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência. São Paulo: **Justificando**, 17 jan. 2015. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>> Acesso em 17 set. 2017.

_____. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003, p. 192-222.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: SUMMERS, Robert (Org.). **Essays in legal philosophy.** California: University of California Press, 1968.

ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação.** São Paulo: Martins fontes, 1997.

_____. **Os Limites da Interpretação.** São Paulo: Perspectiva, 1995.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal:** entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

FLEMING, Abel; VIÑALS, Pablo López. **Garantias del imputado.** Santa Fe: Rubin-zal-Culzoni, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 85, n. 729, p. 377/387, jul. 1996.

GONÇALVES, Rodrigo Machado. 20 anos da Lei de “Interpretações” Telefônicas: “Paramaus” para você, apagaram as velinhas! In: SANTORO, Antonio Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.) **Interceptação telefônica, os 20 anos da Lei n° 9.296/96.** Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2016, p. 405-418.

_____. **A (i)legitimidade do Ministério Público para investigar diretamente e a criação de zonas de interseção normativa, uma afronta à Constituição e à hermenêutica: “Quem pode**

o mais não deve poder o menos na democracia”! No prelo, Editora D’Plácido, Livro em homenagem ao Professor João Mestieri.

_____. Emergência de processo penal: a previsão de formas assecuratórias e a interpretação conforme a constituição, necessidades para manter a democracia. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JIAPISSU, Carlos Eduardo Adriano Jiapissu (Org.). **Processo Penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 429-436.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Paraná: Direito do Estado, 22 fev. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 8 mar. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Tradução Patrícia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia, 1998.

HUMBERT, George. **O STF: Guardião da Constituição ou Tribunal Constitucional? Hércules!** Salvador: Jusbrasil, 26 fev. 2016. Disponível em <<https://georghumbert.jusbrasil.com.br/artigos/308558678/o-stf-guardiao-da-constituicao-ou-tribunal-constitucional-hercules>>. Acesso em 22 ago. 2017.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 2016. 106 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico**. São Paulo: ConJur, 4 mar. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 31 mar. 2017.

LUCIANO, Pablo Bezerra. **Dever constitucional obriga juiz a fundamentar decisões**. São Paulo: Conjur, 11 jun. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>. Acesso em 31 ago. 2017.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Por que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? In: In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2014, p. 148-155.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Moraes: STF está dividido sobre execução provisória. Brasília: **Jota**, 19 set. 2017. Disponível em <<https://jota.info/justica/moraes-stf-esta-dividido-sobre-execucao-provisoria-19092017>>. Acesso em 20 set. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancia. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2014, p. 05-26.

MORO faz defesa enfática da prisão de condenados em 2ª instância. Rio de Janeiro: **Jornal Nacional**, 26 ago. 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/moro-faz-defesa-enfatica-da-prisao-de-condenados-em-2-instancia.html>>. Acesso em 28 ago. 2017.

MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. Ministros da 1ª Turma defendem pacificação no STF sobre execução antecipada de penas. São Paulo: **Estadão**, 19 set. 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministros-da-1a-turma-defendem-pacificacao-no-stf-sobre-execucao-antecipada-de-penas/>>. Acesso em 21 out. 2017.

NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência: Violência, Cidade e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **Quem não deve não teme (e a presunção de inocência)**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 17 abr. 2017. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/quem-nao-deve-nao-teme/>>. Acesso em 22 out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Luiz Lenio. Garantias Processuais Penais e a Jurisprudência do STF: uma abordagem fenomenológico-hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 565-607.

PERELMAN, CHAÏM. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POLI, Camilin Marcie de. **As funções dos sujeitos processuais no Processo Penal Democrático**. São Paulo: Justificando, 04 out. 2017. Disponível <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/04/as-funcoes-dos-sujeitos-processuais-no-processo-penal-democratico/>>. Acesso em 21 out. 2017.

RIBEIRO, Andre Almeida de Azevedo; RIBEIRO, Arthur Almeida de Azevedo Ribeiro. O princípio da Presunção de inocência e suas dimensões: até quanto o espetáculo midiático irá sobrepor-se à Constituição? In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, p. 09-25.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Primeiro dever fundamento do Supremo Tribunal Federal é dizer não**. São Paulo: ConJur, 23 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao#author>>. Acesso em 31 mar. 2017.

STEIN, Ana Carolina Filippon. Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise(?). Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. In: LOPES, Luciano Santos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. **Processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. São Paulo: ConJur, 19 fev. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 13 jun. 2017.

_____. **Supremo e a presunção da inocência:** interpretação conforme a quê? São Paulo: Consultor Jurídico (Conjur), 7 out. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em 31 mar. 2017.

_____. **O que é isto – as garantias processuais penais?**/Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TARDELLI, BRENNO. STF: a corte que toda semana elimina um direito da população. São Paulo: **O cafezinho**, 30 out. 2016. Disponível em < <https://ocafezinho.com/2016/10/30/stf-corte-que-toda-semana-elimina-um-direito-da-populacao/>>. Acesso em 16 out. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente.** 5 reimpressão. Madrid: Tecnos, 2000.