

Uma breve análise acerca da (in)eficácia da Constituição Cidadã frente a possibilidade de execução provisória da pena em um Brasil *juristocrático*

Bruna Couto da Silva¹

RESUMO:

O presente trabalho analisa a eficácia da Constituição frente a atuação do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que diz respeito ao julgamento do HC 126.292/SP. Nesse sentido, é realizada uma análise comparativa entre os argumentos que fundamentaram o reconhecimento da constitucionalidade da execução provisória da pena e os preceitos e garantias constitucionais. Ao final, constata-se que o exercício da competência jurisdicional não se restringe a interpretação do ordenamento jurídico à luz da Constituição, incorrendo em uma usurpação do poder legislativo, consequência direta do ativismo judicial, responsável pela estruturação de uma *juristocracia* no país.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Eficácia. Juristocracia. Execução Provisória da Pena. Poder. Legislativo. Judiciário.

SUMÁRIO:

1. Introdução.....	1
2. A Constituição Cidadã e a Era do Constitucionalismo Latino-Americano.....	2
3. A força vinculante da Constituição Federal.....	4
4. O princípio da presunção de inocência.....	4
5 Contextualização histórica acerca da Execução Provisória ou Antecipada da Pena.....	6
6. Análise crítica dos fundamentos da decisão do Julgamento do HC 126.292/SP.....	7
7. A Execução Provisória da Pena Atualmente.....	10
8. Conclusão.....	12

1. Introdução:

Este trabalho se propõe a analisar a eficácia da Carta Magna no Brasil, à luz da atuação do Supremo Tribunal Federal, com ênfase no julgamento do HC 126.292/16, o qual resultou no reconhecimento da constitucionalidade da chamada execução provisória da pena. Desta feita, o objetivo do artigo é estudar o *modus operandi* do Supremo, de modo que seja possível verificar

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP).

se a Constituição possui uma real eficácia frente ao controle de constitucionalidade exercido pelo principal órgão do Poder Judiciário ou se há uma *juristocracia* vigente no país.

Nesse prisma, o interesse pelo tema tem como respaldo a importância da preservação do Estado Democrático de Direito, garantido pela divisão e independência harmônica dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Necessita-se analisar, portanto, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, proferir decisões incompatíveis com o texto constitucional, a despeito da força vinculante deste. Outrossim, caso tal comportamento seja admitido pelo ordenamento, o Poder Judiciário estaria incorrendo em uma usurpação do Poder Legislativo, fato ensejado pelo ativismo judicial característico do período hodierno.

Diante do exposto, a partir de uma pesquisa teórica feita por análise de conteúdo, este estudo jurídico-compreensivo visa analisar os fundamentos que ensejaram o reconhecimento da possibilidade de execução provisória da pena no Brasil – resultado obtido com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 - frente à força vinculante da Constituição Federal. Pretende-se, desse modo, compreender a amplitude e a viabilidade democrática do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A Constituição Cidadã e a Era do Constitucionalismo Latino-Americano:

Outrora, Montesquieu² entendeu que o Estado era uno e indivisível, mas que deveria possuir uma separação orgânica de poderes dotados de especialização funcional, exercidos por pessoas distintas e responsáveis pelo controle umas das outras. Temos, então, a estruturação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Nesse bojo, a separação dos poderes surge como uma forma de limitação do poder estatal, assim como o Estado de Direito e o constitucionalismo.

O Estado de Direito diz respeito a uma limitação do poder estatal em decorrência do respeito ao ordenamento jurídico vigente. Para além disso, o direito serve também como método de garantia mínima de previsibilidade nas condutas, propiciando a existência de uma confiança no âmbito das relações jurídicas públicas e privadas. Nesta linha, afirma Cesar Faria:

Na convivência humana que só pode se dar em sociedade, o Direito teria a função de estabelecer limites para essa interação, de modo que cada um possa esperar, com um mínimo de confiança, determinado comportamento do outro. E as normas, conquanto não possam evitar os conflitos, devem garantir as expectativas de condutas.³

Em relação ao constitucionalismo, é necessário salientar, a priori, que cada país o vivenciou de forma diversa, principalmente ao se comparar países de histórico colonizador com suas antigas - ou ainda atuais – colônias. Por conta disso, é impossível traçar um apanhado histórico que seja capaz de contemplar todas as nações. No que se refere especificamente ao Brasil, a exceção da Constituição Federal de 1946, é possível inferir que o constitucionalismo refletiu profundamente o patrimônio autoritário da elite brasileira, tendo a promulgação da Constituição de 1988 como advento de redemocratização e de ruptura com a antiga tradição constitucionalista.

² MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

³FARIA, César. **Considerações acerca do Processo Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/92/artigo-01>> Acesso em: 26 mai. 2018. p. 5.

A despeito da retromencionada ressalva, é possível analisar a história constitucional brasileira à luz do constitucionalismo latino americano, em decorrência dos inúmeros aspectos sociais, econômicos e culturais que aproximam os países latinos. Nesse sentido, é possível afirmar que estes países, como um todo, foram marcados por uma proeminência do poder executivo, em detrimento dos demais poderes, configurando o denominado *hiperpresidencialismo*.

Nesse bojo, temos o período compreendido entre o final da década de 80 e início da década de 90 como um marco histórico da tentativa de redução do poder do executivo, através do que Bernal Libardo Bernal Pulido⁴ denomina de ‘era do constitucionalismo latino-americano’. Neste momento, o poder judiciário teve seu âmbito de atuação consideravelmente ampliado, visto que ganhou um papel de destaque por conta do aumento da proteção dos direitos fundamentais, o que, como veremos ao longo deste trabalho, deve ser analisado com extrema cautela.

Primeiramente, é necessário reconhecer que o exercício do controle de constitucionalidade, a despeito de estar teoricamente restrito ao texto normativo oriundo do processo legislativo, na prática, é influenciado por fatores estranhos ao direito, o que implica na mitigação da independência e da imparcialidade do Poder Judiciário. Nesta linha, as decisões proferidas pelos guardiões das respectivas Constituições têm-se distanciado cada vez mais da previsão constitucional e se aproximado de pautas políticas, inerentes ao Executivo e ao Legislativo.

Diante do exposto, após 30 anos de promulgação da Constituição Federal vigente no Brasil, é possível inferir que o texto constitucional, a partir do momento em que ampliou em demasia as possibilidades de atuação do Poder Judiciário, ensejou a subversão da democracia, permitindo a instauração de uma verdadeira *juristocracia*. Nesse sentido, o exercício da jurisdição pode representar – ou já representa – um ativismo judicial incontrolável, acarretando na usurpação dos demais poderes inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Para que seja possível averiguar de fato a ocorrência de tal fenômeno no Brasil, faz-se necessário analisar, à luz da constituição, uma das mais importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal dentro dos últimos cinco anos, qual seja o reconhecimento da constitucionalidade da execução antecipada da pena, ou seja, a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Diante deste paradigma, questiona-se: quais são as possibilidades de atuação do Judiciário frente às disposições constitucionalmente previstas?

3. A força vinculante da Constituição Federal:

A denominada ‘pirâmide Kelseniana’, adotada no Brasil, estrutura o ordenamento jurídico de modo a impor as normas constitucionais em detrimento das demais previsões legais. Desse modo, a unicidade do sistema é proporcionada pela adequação constitucional e, com o fito de efetiva-la e garanti-la, temos o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

⁴PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina.** Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1105/1091>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, mais especificamente o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não há uma restrição do exercício jurisdicional à mera atividade declaratória de (in)constitucionalidade, pois é flagrante a atuação ativista do nosso judiciário. Nesse sentido, sob o argumento de ser o poder competente para exercer o controle de constitucionalidade, pode o Judiciário infringir e afrontar a própria Constituição? A teoria responderia a esta pergunta de maneira negativa, mas, ao analisar a práxis, é notável a prevalência de entendimento diverso.

Antecipando a discussão dos tópicos seguintes, cumpre salientar que um dos argumentos dos que advogam em prol da execução provisória da pena é que, a despeito da vedação constitucional, o direito internacional comparado demonstra a prevalência da possibilidade da execução da pena após condenação proferida em segunda instância. Nesse sentido, é notável que a questão enfrentada neste trabalho se trata de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que teve como fundamento a relativização da força vinculante da Constituição.

Desta feita pode-se inferir, desde agora, que a decisão proferida pelo Supremo se fundamenta de acordo com argumentos nitidamente frágeis, visto que, se diversos países coadunam entendimento divergente daquele previsto na Constituição brasileira, estes o fazem pois estão seguindo os preceitos de suas respectivas Constituições. O exercício do controle de constitucionalidade demonstra, então, seu viés mais perigoso e questionável, ensejando a inversão dos ideais democráticos do Estado de Direito e a estruturação concreta de uma *juristocracia*.

4. O princípio da presunção de inocência:

Antes de tratar propriamente acerca da execução antecipada da pena, faz-se mister discorrer sobre o princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade ou do estado de inocência⁵. O direito constitucional é fundado em normas-regras e normas-princípios, ambas igualmente vinculantes, estando a presunção de inocência elencada no art. 5º, LVII⁶ da Constituição Federal.

A despeito da importância da previsão normativa, Amilton Bueno de Carvalho afirma que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros -, nesse momento histórico, da condição humana.”⁷. Nesse sentido, cumpre salientar que o princípio da presunção de inocência ganhou destaque no Brasil em 1948, a partir da adesão do país à Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo art. 11.1 prescreve que:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa⁸

⁵ DUCLERC, Elmir. **Curso Processual Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

⁶Art. 5. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁷ BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei, para que(m)?: In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51.

⁸ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf> Acesso em: 26 mai. 2018.

O princípio da presunção de inocência representa uma conquista histórica dos cidadãos em sua ininterrupta batalha contra a opressão estatal e, de modo geral, dispõe que o indivíduo tem o direito de não ser declarado culpado antes do término do devido processo legal. Ou seja, em uma concepção interna, este princípio se direciona aos magistrados, que devem considerar o acusado inocente durante toda a persecução criminal e, em uma concepção externa, a mídia e a sociedade também devem tratar o réu da mesma forma. Nesta linha, leciona Aury Lopes Junior:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador [...]. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.⁹

No que se refere ao devido processo legal, a Constituição Federal propositalmente não traz um conceito para este princípio, mas, segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon¹⁰ o devido processo legal deve ser fundamentalmente entendido como uma garantia de contenção de poder de produção normativa, ou seja, todos têm direito a um julgamento tendencialmente justo. O processo é formalmente devido quando há respeito a sequência legal dos atos processuais e é substancialmente devido quando os atos normativos produzidos são proporcionais. A ideia de proporcionalidade corresponde a mensuração dos fins buscados com os meios utilizados, de modo que a tutela jurisdicional não pode ser excessiva *-ubermaBverbot* - e nem deficitária *-untermabverbot*.

Diante do exposto, resta o seguinte questionamento: quando termina o devido processo legal?

Segundo a Constituição Federal promulgada em 1988, o devido processo legal acaba apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando não há mais possibilidade de interposição de recursos. Temos, portanto, um princípio de interpretação taxativa no que diz respeito ao momento em que o acusado pode ser considerado culpado e, em decorrência desta sentença, passar a cumprir a pena que lhe foi imputada.

Ocorre que, a despeito desta explanação, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a execução provisória da pena, com base em fundamentos que serão destrinchados ao longo deste trabalho. De pronto, tendo em vista os argumentos retromencionados, cumpre salientar o caráter inconstitucional da decisão proferida, responsável por inverter a lógica do processo penal de modo a instaurar uma verdadeira presunção culpabilidade, na qual cabe ao acusado provar sua inocência.

Por fim, insta consignar que sendo o direito penal um direito do fato e não do autor, assim também o deve ser o princípio da presunção de inocência. Assim sendo, Aduato Suannes leciona que:

[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. [...] O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na constituição federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o

⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

¹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.¹¹

5. Contextualização histórica acerca da Execução Provisória ou Antecipada da Pena:

A execução provisória da pena desde muito é um tema controverso na doutrina e na jurisprudência, pois, em tese, o cumprimento da sentença penal condenatória só iniciaria com a guia de recolhimento, ou seja, no momento em que se torna impossível a interposição de recursos. Atualmente o entendimento do Supremo Tribunal Federal, órgão de suma importância na estrutura do poder judiciário brasileiro, é no sentido de que a execução provisória da pena é constitucionalmente permitida. Todavia, antes de discorrer acerca desta decisão, é necessário tratar do processo histórico que ensejou a jurisprudência hodierna.

Até 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia, com base do Código de Processo Penal, que o recurso de apelação não tinha efeito suspensivo e, portanto, o cumprimento da pena poderia ter início após a prolação da sentença penal condenatória em primeira instância. Com a promulgação da constituição cidadã, o Código de Processo Penal sofreu alterações pontuais e passou a prever efeito suspensivo para o recurso de apelação, mudança que não se estendeu para os recursos de natureza extraordinária.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que era cabível execução provisória da pena somente após o julgamento da apelação. Posteriormente, em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG¹², o Supremo alterou o entendimento até então vigente e passou a considerar a execução antecipada da pena inconstitucional, uma vez que consistia em uma flagrante ofensa ao disposto no art. 5º, LVII da Carta Magna.

Ocorre que, em 2011 já começa a haver uma pressão popular com vista à alteração do entendimento recém formulado pelo Supremo. Neste bojo, o Senador Ricardo Ferraço apresentou a chamada “PEC dos Recursos”¹³, tendo por escopo a redução do número de recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. A referida proposta foi duramente repelida pela Ordem dos Advogados do Brasil e acabou por não prosperar no legislativo.

Em 2015, o Ministério Público Federal lançou a campanha das ‘10 medidas contra a corrupção’¹⁴, requerendo, dentre outros, a realização de testes de integridade em relação a agentes públicos e empregados, a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, mesmo quando não for possível comprovar quais foram os atos específicos de corrupção praticados, o aumento das penas referentes a alguns delitos contra o patrimônio e contra a administração pública e a caracterização de crime hediondo para corrupção de altos valores.

¹¹ SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**, São Paulo: RT, 1999. p. 232.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, IVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. **Recurso de Habeas Corpus nº 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator Min. Eros Grau. Acórdão 5 fev. 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 27 mai. 2018.

¹³ FERRAÇO, Ricardo. **Proposta de Emenda à Constituição nº 15, de 2011**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>. Acesso em: 27 mai. 2018.

¹⁴ INICIATIVA POPULAR. **Projeto de Lei 4850, de 2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em 27 mai. 2018

Nesse bojo, destaca-se a ‘quarta medida contra a corrupção’, qual seja a alteração do Código de Processo Penal e a edição de uma emenda constitucional para permitir a execução antecipada da pena após o julgamento da apelação. Neste íterim, o projeto de lei ensejou grande pressão popular em prol da adoção das medidas requeridas, visto que o cumprimento das garantias constitucionais passou a ser visto como uma forma de assegurar a impunidade dos réus.

Apenas cerca de um ano depois, em fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP¹⁵, o Supremo entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, ou seja, o Supremo voltou ao entendimento anterior a 2009. Mais recentemente, em abril de 2018, no julgamento do HC 152.752/PR¹⁶, cujo paciente era o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Supremo ratificou o entendimento proferido em 2016, ao decidir pela possibilidade de execução antecipada da pena após decisão condenatória proferida por órgão colegiado.

Por fim, em maio de 2018, destaca-se que o Ministro Marco Aurélio suspendeu a prisão, em decorrência da condenação em segunda instância, de Reginaldo Pereira Galvão, fazendeiro acusado de participar do assassinato da missionária norte-americana Dorothy Stang. A justificativa utilizada pelo Ministro foi a inexistência de súmula vinculante acerca do tema controvertido, fato que permitiria sua divergência.

Nota-se, portanto, que o ativismo judicial resulta em uma grave insegurança jurídica, pois não há nenhuma previsibilidade racional nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A situação é agravada pelo fato de que os demais órgãos jurisdicionais deveriam, em tese, tender a seguir o seu entendimento, de modo a garantir uma uniformidade ao sistema, mas tal comportamento demonstra-se demasiadamente dificultoso, haja vista as inúmeras alterações na jurisprudência do Supremo.

6. Análise crítica dos fundamentos da decisão do Julgamento do HC 126.292/SP:

No que se refere ao julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmou o entendimento de que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”¹⁷.

No relatório do retromencionado Ministro, foram elencados diversos argumentos para fundamentar a tese ora defendida. Nesse sentido, pode-se dizer que as principais teses

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, lvii). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. **Recurso de Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão 17 fev. 2016. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 152.752**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator Min. Edson Fachin. Acórdão 5 abr. 2018. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 27 mai. 2018.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, lvii). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. **Recurso de Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão 17 fev. 2016. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

defendidas foram: a necessidade de se compatibilizar o respeito ao princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal, tendo em vista os interesses da coletividade; a ideia de que duplo grau de jurisdição não incluiria os recursos de natureza extraordinária, pois estes não se prestam ao debate da matéria fático-probatória; a indispensabilidade de adequação ao direito internacional comparado.

Seguindo o voto proferido pelo eminente relator, os Ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen e Gilmar Mendes denegaram o *Habeas Corpus* impetrado. Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, por outro lado, concederam ordem.

No que se refere ao argumento em prol da mitigação do princípio da presunção de inocência como forma de se garantir a efetividade da função jurisdicional penal, visando atender aos anseios da coletividade, cabe frisar que as garantias constitucionais não são e jamais serão privilégios do acusado, mas caracterizam, por outro lado, direitos da sociedade com um todo. Ainda no que diz respeito aos supostos interesses da sociedade, não é cabível estruturar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base no “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”¹⁸, como se referiu o Ministro Luis Roberto Barroso, ou ainda, na ideia de que “a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer”¹⁹, como dispôs o Ministro Luiz Fux, visto que o Poder Judiciário foi estruturado para garantir a eficácia da Constituição, mesmo que isso implique decisões contra majoritárias.

Em relação aos argumentos que questionam a necessidade de conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, cumpre salientar ser inegável que estes recursos não tratam da matéria fático probatória e, de fato, a probabilidade de reversibilidade das decisões é pequena, como bem foi apontado pelo Ministro Luis Roberto Barroso:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.²⁰

Nesse mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do HC 84.078/MG, já chamava atenção para essa questão.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por *habeas corpus*, foram providos menos de 4% dos casos.²¹

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

¹⁹ FUX, Luiz. **Voto do Ministro Luiz Fux**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²¹ BARBOSA, Joaquim. **Voto do Ministro Joaquim Barbosa**. Recurso de Habeas Corpus nº 84.078. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

Ocorre que, como bem disse o Ministro Celso de Mello, “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição”²², ou seja, o princípio da presunção de inocência é igualmente vinculante no âmbito do julgamento dos recursos de natureza extraordinária. Assim sendo, primando ainda pela ideia de que é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente, não há que se tratar acerca de dados estatísticos que atestem o baixo índice de reversibilidade das sentenças condenatórias, visto que, havendo a possibilidade de inocentar alguém, deve-se garantir a todo custo a ampla defesa e o devido processo legal, repudiando-se uma visão utilitarista do processo penal e reconhecendo a dignidade de cada ser humano como um fim em si mesmo.

Demais disso, o Ministro Luis Roberto Barroso traz mais dois argumentos que se relacionam ao subtema ora controvertido. Em primeiro lugar, o Ministro prega por uma interpretação do princípio da presunção de inocência à luz da duração razoável do processo, levando em consideração um suposto uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. Todavia, a duração razoável do processo difere de celeridade e não pode se confundir com a sumariedade típica do sistema inquisitorial. Outrossim, o direito de defesa e o direito de recorrer no processo, a despeito de provocarem uma dilação processual, devem ser permitidos e defendidos, pois a ampla defesa é uma garantia constitucionalmente prevista.

Em segundo lugar, o Ministro enxerga a execução provisória da pena como uma forma de valorizar a jurisdição criminal ordinária, pois, em suas palavras “o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal.”²³. Contudo, a garantia do direito recursal tem como fundamento a ideia de que as decisões humanas são passíveis de erros e, no âmbito do processo penal, levando em consideração o bem jurídico envolvido na lide, qual seja a liberdade do acusado, os erros podem custar caro.

No que se refere ao argumento da adequação da jurisprudência do Tribunal ao direito internacional comparado, o Ministro Teori Zavascki recordou um trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886/RJ, quando afirmou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”²⁴. Nesse contexto, o Ministro relatou que Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina admitem a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ocorre que, a adequação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao direito internacional comparado não pode implicar lesão a garantia constitucionalmente prevista. Neste diapasão, não cabe falar acerca de mutação constitucional ou de interpretação ampla do princípio da presunção de inocência, visto que o legislativo foi taxativo ao prescrever a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja possível dar início ao cumprimento da pena.

Assim sendo, *data venia*, não merece prosperar a tese então vitoriosa, pois esta possui como fundamento uma interpretação da Constituição não admitida pelo ordenamento, ou seja, a ideia de flexibilização dos princípios, transformando-os em orientações a serem cumpridas na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. A presunção de inocência é um princípio explícito

²² MELLO, Celso de. **Voto do Ministro Celso de Mello**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²⁴ GRACIE, Ellen. **Voto da Ministra Ellen Gracie**. Recurso de Habeas Corpus nº 85.886. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

de direito, sendo absolutamente taxativo e categórico, por conta disso, como sabemos, na ‘clareza’ não se admite interpretação. Neste bojo, Ministro Marco Aurélio, leciona que:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.²⁵

Além de todo o exposto, a argumentação contrária a fixação deste perigoso precedente também tratou acerca da insegurança causada pela alteração constante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber foi contundente ao afirmar a necessidade de primar pelo princípio da segurança jurídica, sobretudo no que se refere às questões constitucionais.

Por fim, os Ministros que concederam ordem ao *Habeas Corpus* relatam o receio frente a este perigoso precedente. O Ministro Marco Aurélio afirma que o reconhecimento da constitucionalidade da execução antecipada da pena torna ineficaz o modelo garantista adotado no Brasil a partir de 1988. Além disso, a persecução penal se estrutura de modo que o ônus probatório é de incumbência exclusiva de quem acusa, ou seja, o réu não possui o dever de provar sua inocência, assim sendo, até que se prove a culpa de modo indiscutível, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório [...]”.²⁶

Diante do exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski atesta a incompatibilidade da execução antecipada da pena frente ao julgamento da ADPF 347, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, visto que, nas palavras do Ministro:

[...] nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos.²⁷

7. Execução Provisória da Pena Atualmente:

Em abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal denegou o HC 152.752/PR, interposto pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No referido julgamento, cujo relator era

²⁵ AURÉLIO, Marco. **Voto do Ministro Marco Aurélio**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²⁶ MELLO, Celso de. **Voto do Ministro Celso de Mello**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

²⁷ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski**. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 26 mai. 2018.

o Ministro Edson Fachin, os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello concederam ordem ao Hábeas Corpus. Os Ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, e Carmen Lúcia, por outro lado, constituíram maioria e denegaram.

De pronto, salienta-se que o Ministro Gilmar Mendes, que concedeu ordem, e a Ministra Rosa Weber, que denegou, em comparação ao julgamento do HC 126.292, alteraram seus votos substancialmente. No que se refere ao voto do Ministro Gilmar Mendes, ressaltou-se, primeiramente, o caráter não impositivo da execução antecipada da pena, consistindo apenas em uma discricionariedade do magistrado.

Nesse sentido, segundo o Ministro, a aplicação da execução provisória da pena não pode ser utilizada “automaticamente”, devendo-se analisar a suposta conduta delituosa em questão e o *quantum* de pena a ser cumprida. Neste diapasão, há referência à Eduardo Espínola Filho, quando pontua que “a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”²⁸.

A despeito da possibilidade de executar a pena antecipadamente ser veemente repudiada neste trabalho, a fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes, *data venia*, não merece prosperar, visto que a presunção de inocência é uma garantia que se aplica a todos de maneira indistinta. Ou seja, nenhum acusado poderá ser mais presumidamente inocente do que outro, pois a Constituição Federal é taxativa ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se comprove efetivamente a culpa.

Em relação ao voto da Ministra Rosa Weber, cumpre ressaltar que, a despeito de apresentar posição contrária à possibilidade constitucional de executar a pena provisoriamente, denegou o *Habeas Corpus* com base na primazia da segurança jurídica frente ao princípio da presunção de inocência. A segurança jurídica diz respeito à uma garantia dos jurisdicionados, ou seja, o Poder Judiciário deve nutrir uma confiança por parte da sociedade, de modo que as decisões proferidas resguardem uma racionalidade de acordo com a unicidade do sistema jurídico. Nesta linha, a Ministra destaca a tese defendida por Frederick Schauer, quando este afirma que “espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”²⁹.

Resta inegável que a segurança jurídica é uma garantia de extrema importância para a manutenção coesa do sistema jurídico. Todavia, *data venia*, a segurança jurídica jamais será capaz de fundamentar decisões inconstitucionais e, justamente por isso, a jurisprudência tem como característica a mutabilidade, afinal, a sociedade nutre a confiança de que o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, adota medidas constitucionalmente permitidas.

Com fundamento na argumentação ora destrinchada, o Ministro Marco Aurélio tem se recusado a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visto que não se trata de posicionamento vinculante. Nesse sentido, o referido Ministro determinou a suspensão da prisão de um dos acusados de participação no assassinato da missionária norte-americana Dorothy Stang, decretada sob a égide de possibilidade de execução provisória da pena.

²⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseler, 2000. v. III. p. 436.

²⁹ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 37.

Por óbvio, tal comportamento, em regra, não deve ser louvado. Todavia, a referida conduta deve servir de estímulo para que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, revise o tema da execução provisória da pena em sede de exercício do controle abstrato de constitucionalidade, de modo que se firme uma jurisprudência firme, sólida e, de fato, constitucional acerca do assunto.

8. Conclusão:

O verbo *procedere* originou a palavra ‘processo’. Nesse sentido, processo traz consigo a ideia de avançar em direção a um fim determinado e, além disso, em seu viés constitucional, o processo surge como um instrumento de efetivação das garantias constitucionalmente previstas. Neste ínterim, Juarez Tavares leciona que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”³⁰. Necessita-se inferir que, por outro lado, o poder de punir estatal precisa sempre ser legitimado e justificado, para que seja efetivamente válido.

Diante do exposto, podemos afirmar que a regra geral prevista no ordenamento é a liberdade, sendo a prisão uma medida excepcional. Ocorre que, com a admissão da constitucionalidade da execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal acaba por inverter a lógica do sistema jurídico-processual, admitindo a concretização de um modelo jurídico em que a liberdade passa a ser meramente provisória, independente de comprovação efetiva de culpa, haja vista a inexistência de trânsito em julgado.

Assim sendo, a Constituição Federal, na prática, demonstra-se ineficaz frente à altivez do judiciário e à estruturação de um sistema flagrantemente *juristocrático*, posto que a interpretação jurisdicional é utilizada como ferramenta para transgredir a Carta Magna. Nesse diapasão, a própria utilização da nomenclatura “provisória” ou “antecipada” antes de “execução da pena” já atesta a flagrante inconstitucionalidade da medida.

O Judiciário, munido da competência para exercer o controle de constitucionalidade, se torna capaz de ampliar suas possibilidades de atuação, exercendo uma verdadeira usurpação de poder, visto que o interprete das leis também é legislador. É necessário reconhecer, portanto, que a mitigação de garantias constitucionalmente previstas faz com que o estado de exceção em que se encontra o Brasil deixe de ser uma suspensão temporária do Estado de Direito.

Por óbvio, não há solução pronta e simples face ao problema destrinchado no presente trabalho, mas deve-se salientar que o fundamento do imbróglio está na nutrição de um ideal punitivo do processo penal. Ocorre que, o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade e, justamente por conta disso, o Supremo Tribunal Federal, quanto guardião da Constituição, não pode pautar suas decisões em um apelo punitivista da sociedade, mas, sim, deve buscar realizar a interpretação jurisdicional dentro dos limites previstos pelo poder constituinte, mesmo que isso implique decisões contra majoritárias.

³⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.162.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, IVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. **Recurso de Habeas Corpus nº 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator Min. Eros Grau. Acórdão 5 fev. 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 27 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, Ivii). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. **Recurso de Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão 17 fev. 2016. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 26 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 152.752**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator Min. Edson Fachin. Acórdão 5 abr. 2018. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 27 mai. 2018.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei, para que(m)?: In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, Elmir. **Curso Processual Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseler, 2000. v. III. p. 436.

FARIA, César. **Considerações acerca do Processo Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/92/artigo-01>> Acesso em: 26 mai. 2018. p. 5.

FERRAÇO, Ricardo. **Proposta de Emenda à Constituição nº 15, de 2011**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>> Acesso em: 27 mai. 2018.

INICIATIVA POPULAR. **Projeto de Lei 4850, de 2016.** Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 27 mai. 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido Processo Legal Substancial.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf> Acesso em: 26 mai. 2018.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina.** Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1105/1091>>. Acesso em: 26/05/2018.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.** Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 37.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: RT, 1999. p. 232.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** 3. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.162.