



Centro Universitário de Brasília – UnICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

**“O Desentendimento Supremo”: As idas e vindas da
execução provisória da pena no entendimento do STF**

Victor Alessandro Gonsalves de Macêdo

Brasília
2016

“O Desentendimento Supremo”: As idas e vindas da execução provisória da pena no entendimento do STF

Victor Alessandro Gonsalves de Macêdo

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientadora: Prof. Alessandra de La Vega.

“Se puderes olhar, vê. Se puderes ver, repara.” (José Saramago)

“O Desentendimento Supremo”: As idas e vindas da execução provisória da pena no entendimento do STF

Victor Alessandro Gonsalves de Macêdo

Brasília, _____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, aos meus pais, avós, irmão, tios e amigos pelos valores que a mim ensinaram ao longo da vida. Aos meus professores que além de conhecimento compartilharam comigo o ímpeto pela busca do saber. Agradeço também, à minha orientadora Alessandra Miranda de la Vega, por toda paciência dispensada ao longo da realização desse trabalho. De forma especial, agradeço ao meu avô Delile Guerra de Macêdo que, além de ter proporcionado minha formação acadêmica foi, é e sempre será fonte inesgotável de integridade e justiça.

RESUMO

A presente monografia, utilizando como método a Metodologia de Análise de Decisões, pretende analisar as idas e vindas da execução provisória da pena em matéria penal no Supremo Tribunal Federal, sob uma perspectiva que ressalta o a verdade jurídica e o discurso jurídico não possuem uma origem predeterminada. Assim, essa verdade é influenciada por crenças e convicções de cada Ministro daquela corte, que oscilam de acordo com a visão de mundo individual de cada um. Porque tanto ir e vir? A pergunta não possui uma resposta, mas várias respostas, por isso esse trabalho pretende apresentar alguns dos mais relevantes argumentos utilizados pelos ministros para ora permitir a execução antes do trânsito em julgado em nome da eficiência, ora não permitir a execução antes do trânsito em julgado em nome do garantismo que ressalta o texto constitucional.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Análise de decisões. Supremo Tribunal Federal. Princípio da não culpabilidade

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
M.A.D	Metodologia de análise de decisões
MP	Ministério Público
LEP	Lei de Execuções Penais
RHC	Recurso ordinário em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1 – Idas e vindas da execução da pena, o Trágico destino de Regreg e as verdades jurídicas inventadas	12
1.1. As idas e vindas da execução provisória da pena	13
1.2 O saber local e a história de Regreg	18
1.3 Metodologia de Análise de Decisão, a Verdade jurídica e a invenção em Nietzsche	23
Capitulo 2 – O desentendimento “supremo”	30
2.1 A mudança do entendimento em nome do Garantismo Penal	33
2.2 O Habeas Corpus 126.292 e a volta do entendimento “eficiente”	45
2.3 O desentendimento sem fim e as ADC 43 e 44	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Heráclito de Éfeso, filósofo Grego pré-socrático é considerado por muitos o pai da dialética e, além disso, responsável pelo pensamento, que em oposição ao de Parmênides, diz: *“Nada é permanente, exceto a mudança”*. A ideia de Heráclito que ficou conhecida como devir, propõe um mundo dinâmico, em constante mudança, em que a alternância sempre se dá em elementos contrários, como por exemplo o quente que tende a esfriar ou o frio que esquenta; o molhado que seca e o seco que molha; o escuro que clareia e o claro que escurece; entre tantos outros. “Tudo flui como um rio”, dizia o filósofo. Tudo muda, tudo alterna. A contradição entre tese e antítese criam um novo, que irá se contrapor à alguma coisa e irá criar outro novo, em um processo infinito, permanente, determinado pelo fluir.

Com as práticas sociais não é diferente. Tudo muda, tudo alterna. Os direitos mudam, as situações mudam e a resposta jurisdicional acompanha esse ritmo de mudança. Os tribunais constantemente mudam de entendimento numa tentativa de alinhar o Direito à realidade. Em nossa Suprema Corte não é diferente: os entendimentos mudam. Mudam, e as vezes mudam até demais.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal se consagrou guardião do texto constitucional, interpretando e fazendo o controle de compatibilidade e constitucionalidade das normas hierarquicamente inferiores em face dos dispositivos constitucionais. No caso que será analisado não é diferente. O STF foi demandado diversas vezes para que definisse o alcance e limites do princípio da não-culpabilidade ou da inocência¹.

Em 1994, o STF enfrentou pela primeira vez o objeto de análise do presente trabalho: a possibilidade ou não de execução provisória da pena no âmbito do processo penal brasileiro. Naquela ocasião ficou decidido que sim, ou seja, após a condenação ser confirmada em sede de apelação poderá o réu ser recolhido à prisão.

Em 2009, o entendimento mudou. Consubstanciado em ideias garantistas que gravitam em torno do direito penal mínimo ou minimalismo penal, o plenário daquela

¹ Para alguns o início do cumprimento da pena antes do transito em julgado da sentença penal condenatória viola o art. 5º da CF.

Corte², decidiu que deve se preponderar o mote garantista do texto constitucional, que diz que ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Para muitos o entendimento significou avanços em termos de humanitarismo. Mas o entendimento não se fixou nesses parâmetros por muito tempo.

Recentemente o STF promoveu uma reviravolta no entendimento sobre a execução provisória da pena, admitindo no Habeas Corpus 126.292 de 17 de fevereiro de 2016 que a execução da pena pode se iniciar mesmo que esteja pendente de julgamento o recurso especial e extraordinário. Apesar da mudança, o entendimento parece que não se cristalizou. Isso porque, pouco tempo após a mudança de entendimento alguns Ministros insistiram em não o seguir, por entenderem que o entendimento não é compatível com os basilares ideológicos de nossa Constituição Federal. Nesse diapasão a comunidade jurídica se divide sobre o tema, e o (des)entendimento se mantém em um permanente ir e vir.

Mas por que tanto ir e vir? É essa a pergunta que queremos responder, ou ao menos, tentar compreender. Analisando os votos dos Ministros que compõe o STF (ou compuseram em outra ocasião que julgou a possibilidade ou não da execução provisória em matéria penal) a presente pesquisa irá submeter as decisões dos Ministros a uma análise interpretativa dos argumentos utilizados para decidir. Decidir ou criar? Será que os juízes de nossa suprema corte estão dizendo ou criando o direito? Essa é outra questão que iremos perpassar, sem a pretensão de encontrar a verdade, afinal, a verdade, principalmente, a verdade jurídica, é criada.

O que vale mais: a eficiência do direito penal cada vez mais punitivista ou a garantia à liberdade do indivíduo? Não tenho uma resposta para essa pergunta, mas me parece que os Ministros do STF estão tentando resolve-la.

Por isso esta monografia está dividida em dois capítulos e a conclusão: No primeiro capítulo proponho um contraste cultural – com viés antropológico contando a história de Regreg, um balinês que teve sua sorte traçada em um julgamento peculiar. Após isso, farei uma exposição do método que utilizei, que consiste na análise de decisões, recortando trechos e fazendo interpretações dos sentidos das palavras utilizadas por cada Ministro para decidir, utilizando a Metodologia de Análise de

² O plenário do STF é composto pelos 10 ministros das 1ª e 2ª turma e o Presidente do Tribunal.

Decisões, que ressalta a análise das decisões com a finalidade de se obter resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis. Esse método é trazido para o presente trabalho a partir da referência de Roberto Freitas Filho, pois permite a produção da explicação de sentidos das decisões a partir de uma interpretação de todo processo decisório, principalmente analisando os argumentos produzidos pelos Ministros para permitir ou não permitir a execução da pena no processo penal antes do trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória.

Trago também uma narrativa de Michel Foucault sobre a obra **“Gaia Ciência”** do Filósofo Nietzsche, onde pretendo demonstrar que as decisões judiciais são, assim como a poesia e a religião, uma invenção. Uma invenção no sentido de que as premissas são extraídas de abstrações. As verdades jurídicas, como propõe Foucault, são fragmentos espalhados cuidadosamente remontados para formar a convicção daquilo que se pretende afirmar como verdadeiro.

No segundo capítulo analisarei os acórdãos proferidos no HC 84.078 e HC 126.292 do STF, que dizem respeito ao tema execução provisória da pena, utilizando a “Metodologia de Análise de Decisões”, para ao fim, apresentar as conclusões que essa monografia chegou, contrapondo os argumentos mais relevantes propostos pelos Ministros do STF sobre o tema. Na análise ressalto que os votos que afirmam a execução provisória da pena tendem a defender a eficiência e credibilidade do Poder Judiciário, que nos últimos anos assumiu um papel em nossa democracia muito relevante em situações de instabilidades políticas e principalmente no julgamento de casos de corrupção com repercussão nacional, como por exemplo o “mensalão” e “lavarjato”. Creio que de alguma forma, para aquela Corte e para muitos juristas, a impunidade é um bom motivo para se permitir a execução provisória.

Ressalto também que os votos que negam a execução provisória da pena tendem a privilegiar a supremacia do texto constitucional em face da legislação ordinária, defendendo o garantismo e humanitarismo do direito penal mínimo.

A questão está longe do fim. Enquanto redigia esse trabalho o STF iniciou o enfrentamento a ADC 43, proposta pelo PEN – Partido Nacional Ecológico, que pleiteia

a declaração da constitucionalidade do artigo 283³ do código de processo penal, que basicamente reproduz o dispositivo constitucional. Além da ADC 43, foi proposta a ADC 44, pelo Conselho Federal da OAB, que pleiteia a declaração do mesmo dispositivo do código de processo penal. Estive no plenário do STF no dia 1º de setembro desse ano (2016), ocasião em que o Ministro relator de ambas ADC's, Marco Aurélio de Mello, que é nesse trabalho um dos personagens principais, proferiu seu voto sobre a ADC 43. Ao fim da análise farei um breve relato da ocasião, ressaltando os aspectos mais curiosos que me chamaram atenção.

Por fim, na conclusão, farei uma breve explanação crítica do que a análise me evidenciou e, se há entre as duas teses defendidas acerca da execução provisória da pena no processo penal, uma tese mais coerente com o nosso ordenamento jurídico que deva preponderar sobre a outra.

³ O art. 283 do CPP diz: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência da sentença"

Capítulo 1 – Idas e vindas da execução da pena, o Trágico destino de Regreg e as verdades jurídicas inventadas

Nesse capítulo, abordarei inicialmente a questão principal do problema: as idas e vindas do entendimento da execução provisória da pena. Isso porque, desde o advento da Constituição Federal, que traz contornos mais garantistas ao processo penal, o entendimento já foi e voltou algumas vezes. A questão principal gira em torno da política criminal a ser adotada. A discussão abre espaço para todos os tipos de argumentos possíveis em face das normas analisadas. Os argumentos e a verdade que a decisão do STF dirá não caminham por um norte onde a lógica parece preponderar.

Por isso, em um segundo momento e, com o contraste oferecido pelo viés antropológico, contarei a história de Regreg, presente na obra de Clifford Geertz “**O Saber local**”, na pretensão de me distanciar do objeto de pesquisa (a execução provisória da pena) e também do STF, que é responsável por dizer a verdade sobre as divergentes teses sobre a execução provisória da pena. Esse distanciamento, para mim, é necessário pois saindo da visão do “nosso” cotidiano, ou seja, da prática jurídica no âmbito do STF creio que retornarei com um olhar mais “aguçado” para perceber nos discursos decisórios dos ministros daquela corte, detalhes que só são possíveis através do contraste com uma outra prática jurídica.

Após isso, passo a demonstrar a metodologia de análise de decisões, em um contraponto com a análise proposta por Foucault em “**As verdades e as formas jurídicas**”, usando como plano de fundo a reflexão do filósofo Nietzsche sobre conhecimento, invenção e origem, que creio ser pertinente por, de algum modo, acreditar que as decisões jurídicas, os discursos jurídicos, e as verdades jurídicas ditas, são meras invenções.

Nas decisões que serão analisadas, os argumentos levam à locais distantes da lei, onde a ideologia, crença, convicção de cada Ministro resulta em uma decisão. Desde que o tema passou a ser enfrentado pela corte, nunca houver decisão unânime, além disso, o “placar” das votações oscilam de modo bastante peculiar: a divergência sempre foi vencida pelo mesmo número de votos, quero dizer, em todas as vezes em

que o STF se deparou com o tema execução provisória da pena no processo penal, o resultado foi 7 para o voto vencedor e 4 para o voto vencido⁴.

Além dessa variação constante, o entendimento oscila coincidentemente de acordo com a mudança da composição dos Ministros. Não quero a priori levantar a hipótese de que a mudança da composição seja o fator preponderante para tamanhas idas e vindas, até porque é natural que uma Corte mude de entendimento ao mudar sua composição. Entretanto, como será ressaltado, os atores envolvidos em cada enfrentamento da matéria alteram consideravelmente a decisão que será adotada.

A principal finalidade desse capítulo é situar o leitor no que aqui se pretende. Não quero dizer qual entendimento deve se preponderar. Pretendo aqui demonstrar que o entendimento serve à política criminal que se pretende seguir. Entre garantismo e punitivismo, entre prender ou não prender antes do trânsito em julgado, as idas e vindas no entendimento da execução provisória demonstram uma Corte totalmente dividida. Enquanto isso, o jurisdicionado Brasil à fora aguarda que o Supremo Tribunal Federal, de uma vez por todas, diga a verdade sobre o momento de início da execução da pena no processo penal.

1.1. As idas e vindas da execução provisória da pena

“Não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo” disse o Ministro Marco Aurélio na tarde do dia 17 de fevereiro do ano de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292 no Plenário daquela Corte. Não foi a primeira vez que o ele se viu vencido ao enfrentar a polêmica questão da possibilidade ou não de execução provisória da pena confirmada em grau de apelação e pendente de exaurimento pelas vias Extraordinárias.

Anos antes, mais precisamente em 3 de fevereiro de 1994, quando o STF enfrentava o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 71.959, da 1ª Turma, desabafou Marco Aurélio: “Peço vênias aos Colegas, e confesso mesmo que, enquanto tiver

⁴ Em sede de plenário no Supremo Tribunal Federal, que é composto pelos ministros das duas turmas e o presidente do tribunal, totalizando 11 Ministros.

cadeira nesta Corte, insistirei na tese”⁵. Marco Aurélio, relator do recurso, se referia a invocação da presunção de inocência que concedia a ordem para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento do seu recurso extraordinário, tese vencida na ocasião por maioria de 7 a 4 dos ministros que seguiram o voto do Ministro Francisco Rezek⁶. (MENDES, 2015, p.1)

Após muitos anos sob o entendimento de que a execução provisória era sim possível, o STF enfrentou em 5 de fevereiro de 2009 o *Habeas Corpus* 84.078. Tratava-se de um fazendeiro condenado pelo tribunal do júri por homicídio duplamente qualificado, que teve seu apelo negado. O fazendeiro respondia o processo em liberdade. Contra o apelo interpôs recurso especial. O Ministério Público requereu a imediata prisão do condenado, havia indícios de dilapidação de patrimônios, por isso entendeu o *parquet* na ocasião que o réu supostamente se preparava para a fuga. A prisão foi decretada. O habeas corpus foi impetrado perante o STF que entendeu que o risco de fuga não se confirmava. “Mas não foi só, nesse diapasão seguiu examinando o caso, para verificar se o art. 637 do Código de Processo Penal sustentava a apelação com a confirmação da condenação em apelação.” (MENDES, 2015, p. 2)

Novamente por maioria de 7 a 4⁷, o Pleno do STF afirmou que a prisão só ocorre após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Segundo os argumentos trazidos pelo Ministro Eros Grau, prolator do voto vencedor, uma prisão anterior ao trânsito em julgado teria caráter cautelar e, por isso, teria de ser demonstrar a necessidade⁸, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade, consagrada no artigo 5º, LVII da Constituição Federal que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em fevereiro de 2016, o STF enfrentou novamente a questão. Tratava-se de um *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do

⁵ Conta o ministro Gilmar Mendes em seu artigo “A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio” presente no Livro que homenageia os 25 anos do Ministro na corte “*Ministro Marco Aurélio: 25 anos no STF*”, lançado em 2015.

⁶ “Após a negativa da ordem de habeas corpus, o recurso especial do paciente foi julgado e não conhecido. O condenado não teve tempo de cumprir a pena. Esteve preso por alguns dias, até o deferimento de liminar no HC 71.126 (depois reatuado como RHC). Mas, denegada a ordem, faleceu antes de ser recapturado.” Conta Gilmar Mendes no texto citado acima.

⁷ Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

⁸ Iremos refletir sobre a necessidade em matéria penal mais a diante.

Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. O paciente havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. O paciente respondia em liberdade. Inconformado com a decisão de piso, somente a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal negou provimento ao apelo e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. A defesa imediatamente impetrou *Habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Que como já adiantei, teve seu pedido liminar indeferido pelo Ministro presidente daquela Corte.

Na impetração perante o STF, autuada sob Habeas Corpus 126.292, alegava o impetrante:

“...(1) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (2) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (3) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (4) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.”

Afetado ao Pleno do STF, por maioria de 7 a 4, mais uma vez, o entendimento foi modificado. Seguiram o voto do Ministro Relator Teori Zavascki os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que em suma defenderam na ocasião o argumento de que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade”. Abriu a divergência Ministra Rosa Weber, seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski que

votaram segundo o entendimento até então prevalente de que “a sentença condenatória somente poderia ser executada após seu trânsito em julgado.”

A questão parece está longe de um fim pacífico, pois o coração da controvérsia reside na forma como uma garantia constitucional se articula com a lei ordinária (MENDES, 2015, p. 2). Por isso, ao longo dessa pesquisa proponho uma análise de discurso das idas e vindas nos entendimentos do STF sobre a questão da execução provisória da em processo penal confrontando os precedentes criados a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 e do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.

“Pensar incomoda como andar na chuva, quando o vento cresce e parece que chove mais”⁹, e se tratando do tema em questão, o vento (e chuva) parecem não parar de crescer, o que gerou em mim grande incomodo e necessidade de refletir sobre o tema levando em conta vários aspectos correlacionados ao modo como nosso Supremo Tribunal Federal¹⁰ interpreta e “cria”¹¹ o Direito.

As idas e vindas do entendimento mostram uma Suprema Corte que ora entende que a política criminal a ser adotada deve ser garantista e minimalista, ora entende que a política criminal a ser adotada deve ser punitivista em nome da defesa social, eficiência e luta contra a impunidade, o que nos últimos anos se tornou a principal

⁹ Aberto Caeiro, um dos heterônimos de Fernando Pessoa, poeta que dispensa maiores apresentações em seu poema “*Eu nunca guardei rebanhos*”.

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal (STF) foi criado por nossa primeira Constituição Republicana e, em função das ideias que inspiraram o mundo, o controle de constitucionalidade no Brasil nasceu inspirado no modelo Norte-americano do *judicial review*, consagrado na célebre decisão do juiz Marshall em *Marbury x Madison*. De lá para cá, principalmente com a evolução do controle de constitucionalidade e as inovações criadas por Hans Kelsen que inspiraram a criação dos Tribunais Constitucionais austríaco e alemão, o controle de constitucionalidade brasileiro passou gradualmente a incorporar elementos do controle concentrado. (ABRÃO, 2014, p. 124)

Após a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, “o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a constituição” (BARROSO, 2012, p.24), Constituição essa que trouxe inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, tendência seguida por diversos países, o “que ocasiona na transformação da Política em Direito” (BARROSO, 2012).

¹¹ “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.” (DWORKIN, 2002, p. 127). Essa liberdade cria um direito não existente previamente (*new legal rights*), que nas palavras de Dworkin não é uma prática adequada adotada pelos juízes: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.” (DWORKIN, 2002, p. 127)

agenda das instituições públicas jurídicas e meios de comunicação em geral, que cotidianamente se engajam cada vez mais na luta contra a impunidade criminal, principalmente nos crimes políticos do alto escalão do governo. Não é a prioridade da análise apontar a causa ou as causas do problema das idas e vindas, mas principalmente compreender como essas verdades jurídicas, que vêm e vão no entendimento dos Ministros, são construídas por discursos argumentativos.

Além disso, a alteração constante de entendimento, coloca em risco a segurança jurídica, pois o problema aqui não depende das circunstâncias de que uma Corte Suprema mude de orientação e deixe de seguir passivamente os próprios precedentes: o problema surge quando estas variações se tornam muito frequentes, aleatórias e desprovidas de “razão” (TARUFFO, 2014, p. 11), pondo em risco a segurança jurídica, o que acontece em nossa Suprema Corte¹², tal qual na questão central da presente pesquisa.

Isso porque a segurança jurídica revela-se na atualidade como instrumento de realização de valores de liberdade, igualdade e de dignidade (ÁVILA, 2014, p. 667). Isso porque a segurança jurídica transcende a mera aplicação formal como princípio, na verdade a segurança jurídica é “pressuposto normativo para a eficácia da ordem de princípios” (ÁVILA, 2014, p. 668). O princípio da segurança jurídica funda a validade e instrumentaliza a eficácias das outras normas jurídicas, sendo assim condição estrutural das normas.

Segundo Humberto Ávila, é de tamanha importância que na dimensão dos aspectos dinâmicos da segurança jurídica se observe as exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade: cognoscibilidade de modo a impedir que o jurisdicionado, pautando sua ação no Direito, venha a engana-se com relação ao que faz, confiabilidade para garantir a estabilidade do Direito e da suas concretizações, preservando o passado no presente e evitando que o jurisdicionado seja frustrado e por último, a calculabilidade, favorecendo a continuidade do Direito, resguardando o futuro no presente, e impedindo que o jurisdicionado seja surpreendido com relação ao que está fazendo, portanto, a segurança jurídica se destina a impedir o engano, frustração e surpresa do jurisdicionado. (ÁVILA, 2014, p. 668). “O princípio da segurança jurídica, é

¹² Ao menos no que diz respeito a frequência da variação de entendimento.

por assim dizer a face jurídica da dignidade humana” (ÁVILA, 2014, p. 669), ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impedindo que o Direito se volte contra quem nele confiou, como no caso da execução provisória, que ao ter seu entendimento modificado recentemente, em fevereiro de 2016, colocou diversos jurisdicionados em uma situação consideravelmente pior.

Passo agora a me distanciar do STF e de seu entendimento sobre a execução provisória da pena para me aproximar da história de um Balinês que, como muitos jurisdicionados brasileiros, teve seu destino traçado por uma decisão Judicial.

1.2 O saber local e a história de Regreg

Clifford Geertz, no seu livro **“O saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa”**, de 2006, revela que “aquele que pretende falar de forma comparativa sobre as bases culturais do direito” (GEERTZ, 2006, p. 261), deve atentar-se a este fator, que o autor denomina sensibilidade jurídica. Isso porque segundo Geertz, essas sensibilidades variam, e não só em graus de definição; também no poder que exercem sobre os processos da vida social, frente a outras formas de pensar e sentir (dizem que, ao deparar-se com as leis antipoluição, a Toyota contratou mil engenheiros e a Ford mil advogados); ou nos seus estudos e conteúdo específicos. “Diferem, e profundamente, nos meios que utilizam – nos símbolos que empregam, nas estórias que contam, nas distinções que estabelecem – para apresentar eventos judicialmente. É possível que fatos e leis existam universalmente; mas sua polarização provavelmente não.” (GEERTZ, 2006, p. 262).

Por isso, para iniciar a análise em questão, que trata da execução provisória da pena, proponho como fez Geertz, um contraste, acredito que os contrastes são transparentes e colaboram nas organizações e compreensões de situações cotidianas. Por existirem essas diferenças entre o que é praticado em uma dimensão social aqui ou acolá, torna-se insuficiente trabalhar as lógicas puramente racionais sem analisar o que está coberto pelo véu do inconsciente.

Assim, no intuito de me distanciar do plenário do STF que proferiu as decisões que serão analisadas no segundo capítulo, farei um contraste da nossa Suprema Corte com o conselho dos Balineses que julgou Regreg. Imitando “o famoso estilo vento-nas-

folhas-das-palmeiras de Malinowski” (GEERTZ, 2006, p. 262), me aproximarei por meio da história contada por Geertz sobre esse balinês, ocorrida em 1958, nas colinas vulcânicas e verdejantes de uma pequena e ensolarada ilha no sul do pacífico.

Conta Geertz, que o problema de Regreg começou quando sua esposa fugiu com um homem de outra aldeia. Indignado com o ocorrido, Regreg exigiu que o conselho da aldeia, órgão “supremo” daquela localidade, o qual era composto por 130 homens, possuindo cinco chefes, e que se reuniam a cada trinta e cinco dias para tomar decisões relacionadas com os assuntos locais, tomasse alguma providência para trazê-la de volta (GEERTZ, 2006, p. 262)

Era praticamente uníssono dentre os conselheiros que Regreg tinha razão, mas chamaram a atenção para o fato de que casamentos, adultérios e divórcios não eram problemas que diziam respeito ao conselho da aldeia julgar, coisa que Regreg sabia (ou deveria saber) muito bem. Portanto, o problema de Regreg estava fora da jurisdição de competência do conselho¹³. Os conselheiros afirmavam que, muito embora quisessem ajuda-lo, constitucionalmente, por assim dizer, não podiam fazê-lo. Restou a Regreg se conformar com os consolos da família que diziam “a vida é assim, o que passou, passou, e existem outras pedras (ou primas) na praia” (GEERTZ, 2006, p. 263).

Mas acontece que Regreg não se conformou. Oito meses mais tarde, aconteceu de ser sua vez de tomar posse como um dos cinco chefes do conselho, segundo o costume da aldeia. Regreg se recusou a “tomar posse do cargo”, e foi aí que seus problemas realmente tiveram início. Nessa aldeia que pertencia Regreg, especificamente¹⁴, a posição de chefe de conselho era ocupada por rotação automática, com um mandato de 3 anos, e quando chegava a vez de um dos aldeões, este era simplesmente obrigado a aceitar o cargo. Ao contrário do episódio da fuga de sua esposa, esse sim era um problema de jurisdição do conselho, previsto nas folhas de palmeiras, com previsão exata, caso Regreg recusasse e não fosse punido, do

¹³ Vale ressaltar que “nas aldeias balinesas existem regulamentos explícitos, inscritos e reinscritos em folhas de palmeira, geração após a outra, que definem em termos essencialmente religiosos, mas mesmo assim bem específicos, os direitos e obrigações dos vários organismos: conselhos, grupos de parentesco, sociedades para a irrigação, congregações religiosas – que, em um sistema mais ou menos federativo, se constituem.” (GEERTZ, 2006, p. 263)

¹⁴ Não existem duas aldeias que tenham exatamente o mesmo sistema e mesmas regras; se por acaso isso acontece, uma delas modifica algum detalhe para que seu sistema seja próprio e único. (GEERTZ, 2006, p. 264)

desastre que os deuses podiam fazer desabar sobre aquela aldeia. A recusa de Regreg era equivalente a renúncia da sua cidadania, e além disso, simbolizava sua “demissão da própria raça humana” (GEERTZ, 2006, p. 264). O “desertor”, como era Regreg, perderia sua casa e se tornaria nômade. Perderia também o direito de entrar nos templos da aldeia, e por fim, perderia todos os seus direitos políticos além do universo social pois ninguém na aldeia poderia lhe dirigir a palavra, sob pena de ser multado.

A punição do “exilo”, apesar de segundo Geertz decretar a morte (ou o fim da existência do indivíduo como pessoa) não é exatamente para os balineses uma pena capital. Se equivale a reclusão do convívio social, sendo assim, uma espécie de pena equivalente a pena de prisão em nossa sociedade. Embora todos desconhecêssem os motivos para Regreg ser tão desobediente, considerando que os balineses são extremamente obedientes à suas leis, nenhum dos outros habitantes da aldeia tinham interesse em sequer saber os motivos que o levaram a tomar sua decisão. Enquanto isso, tentavam convence-lo a ocupar o cargo de conselheiro chefe.

O conselho se reuniu diversas vezes para decidir sobre o caso de Regreg. Tentavam convence-lo a mudar de ideia. Amigos e parentes imploravam para que ele mudasse de ideia. Sem nenhum resultado, o que levou ao conselho, finalmente, expulsar Regreg por unanimidade (vale ressaltar que todas decisões do conselho eram unânimes). Seu grupo de parentesco, sem muito prestígio, tentou “recorrer” da decisão, o que também foi infrutífero. Assim, o grupo de parentesco foi obrigado a também expulsar Regreg, pois se não tivessem feito sofreriam a mesma pena de Regreg. Até seus familiares mais próximos foram obrigados a abandoná-lo, embora para eles, e segundo chama atenção Geertz com muita razão, era Regreg quem os havia abandonado.

O fato é que Regreg estava no “abandono”. Perambulava pelas ruas, sem teto, sem comida, como um fantasma ou um cão. Alguns mais corajosos, pois não podiam estabelecer contato com Regreg, tinham piedade e lhe atiravam algum resto de comida, ou ao menos, não atiravam pedras para afasta-lo quando Regreg remexia seus lixos. Depois de muito tempo nessa situação, Regreg parecia ter perdido a lucidez. A essa altura, no entanto, ocorreu algo bastante inesperado, e, de certa maneira, sem precedentes (GEERTZ, 2006, p. 266).

O rei de Bali, que era também o chefe religioso do novo governo republicano, foi até a aldeia de Regreg para interferir em sua defesa. O rei na hierarquia social dos balineses é uma espécie de semi-Deus, o chamavam de *Dewa Agung*, que significa o “grande Deus”. Os súditos rastejavam a sua presença, falavam dele em termos formalíssimos. Acreditavam que, por algum motivo, o rei possuía poderes sobrenaturais. Alguém como Regreg, exilado de sua aldeia, teria provavelmente virado algo que não é necessariamente um escravo, mas tampouco um homem livre no palácio do rei. Por isso, com a chegada do rei, o conselho organizou uma reunião especialmente para recebe-lo. O rei chegou, se pôs de cócoras no meio do pavilhão, gesto simbólico que, nesse contexto, demonstrava que diante aquele conselho o rei era somente um visitante.

Os membros do conselho ouviram o que o rei tinha para dizer. Disse o rei ao conselho que os tempos eram outros. Que o país havia se tornado independente. Disse entender os sentimentos dos aldeões, mas que não poderiam persistir em continuar exilando as pessoas, confiscando suas terras e negando seus direitos políticos e religiosos. Essa não era, segundo o rei, um modo de agir democrático condizente com a conjuntura que se encontrava o país. Deveriam, portanto, aceitar Regreg de volta, e, se fosse necessário puni-lo, deveriam escolher outro tipo de punição.

Quando terminou o discurso, os membros do conselho lhe disseram que “fosse plantar batatas” (GEERTZ, 2006, p. 267), pois como o rei deveria saber, os assuntos relativos a aldeia não dizia respeito ao rei, e sim ao conselho. Disseram que a forma de agir no caso de Regreg, tinha fundamento nas leis das palmeiras, e caso ignorassem, seriam acometidos de pragas, doenças, ratos devorariam suas colheitas, a terra temeria e as montanhas explodiriam. Admitiram que tudo o que dizia o rei sobre os novos tempos era correto, verdadeiro, nobre, belo e moderno, e o conselho estava empenhado em seguir tais valores. Mesmo assim a resposta era não, Regreg não poderia ser readmitido como parte da comunidade. O rei então agradeceu o chá, fez votos de que a aldeia prosperasse e deixou o local. Ao fim, relata Geertz ter visto Regreg “submergido em uma psicose profunda, perambulando pela aldeia, perdido em um mundo de alucinações, inacessível a qualquer comentário ou gesto de compaixão” (GEERTZ, 2006, p. 268).

Existem diversas coisas que merecem serem ditas sobre esse episódio. Talvez esse terrível relato de Geertz se assemelhe a descrição que Grant Gilmore em *"The age of american law"* fez do inferno: "um lugar onde só existia a lei e onde os processos legais eram seguidos meticulosamente". O que é relevante no caso de forma mais imediata, segundo Geertz, é que temos na história de Regreg uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimentos e conceitos metafísico e metajurídicos agrupados de uma maneira engenhosa que faz com que qualquer contraste entre aquilo que "é" e aquilo que "deve-ser" pareça "primitivo" (GEERTZ, 2006, p. 268). Pois para Geertz, o caso Regreg demonstra uma sensibilidade jurídica poderosa: uma sensibilidade que contém forma, personalidade, mesmo sem ajuda de faculdades de direito, juristas, demonstra um profundo conhecimento desenvolvido. Regreg certamente não negaria, caso pudesse, a existência de tal sensibilidade. No caso Regreg, o julgamento, flui numa "mistura fácil", que não encoraja nem uma investigação extensa dos detalhes factuais nem uma análise sistêmica dos princípios legais, que creio ser o maior elo de ligação entre o caso de Regreg e a atuação de nossa Suprema Corte quanto a tomada de critérios quando enfrentam matérias de considerável relevância jurídica, que dificilmente enfrenta os fatos do caso concreto ao emanar entendimentos.

O caso de Regreg abrange desde o adultério até a desobediência à monarquia. A questão não era se a esposa de Regreg lhe tinha feito isso ou aquilo, ou se Regreg tinha feito isso ou aquilo com ela. Ninguém tinha o menor interesse nesses detalhes. Também não se tratava de saber se as leis sob as quais Regreg foi julgado eram ou não repugnantes. Todos na aldeia que foram entrevistados por Geertz na ocasião consideravam as leis repugnantes, mas isso não era relevante. Não se tratava também se o conselho havia ou não agido de forma certa. O caso Regreg demonstra que, "a maneira pela as quais as representações construcionais do se/então são traduzidas em representações diretivas do como/portanto. Ou seja, dadas nossas crenças como devemos agir; ou, dados nossos atos, em que devemos acreditar." (GEERTZ, 2006, p. 270)

O enfoque, que seria típico não de um antropólogo do direito, mas sim de um antropólogo cultural, que abandonou por um momento os mitos e as estruturas. Nossas

visões de mundo se concentram no significado, ou seja, como no caso dos balineses (e qualquer outro grupo social) “fazem sentido daquilo que fazem, de forma prática ou moral, colocando seus atos em estruturas mais amplas de significações.” (GEERTZ, 2006, p. 270). A contextualização cultural de um incidente, e aqui para nós as idas e vindas do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena por meio do embate discursivo travado pelos votos de cada Ministro, é um aspecto crítico da análise jurídica.

Fato é que se tomarmos como certo, sem maior análise, uma parte tão importante desse contexto, e no caso que se irá analisar, as razões específicas que levam cada Ministro a se posicionar a favor ou contra a execução provisória da pena, faz com que não sejamos capazes de identificar com grande clareza parte daquilo que uma prática jurídica realmente é: “uma forma de conseguir que nossas concepções de mundo e nossos veredictos se ratifiquem mutuamente, ou, utilizando uma expressão menos cotidiana, fazer com que essas concepções e esses veredictos sejam respectivamente o lado abstrato e o lado prático dessa mesma razão constitutiva” (GEERTZ, 2006, p. 271).

1.3 Metodologia de Análise de Decisão, a Verdade jurídica e a invenção em Nietzsche

Para o eixo metodológico da presente pesquisa, além da orientação propriamente histórica¹⁵ que o tema exige, proponho o que poderíamos chamar de análise de discurso, sob a perspectiva foucaultiana¹⁶ que considera os discursos não mais simplesmente sob seu aspecto linguístico, mas, de certa forma, como jogos (*games*) estratégicos, de ação e reação, de pergunta e de resposta, de dominação e esquiva, como também de luta. “O discurso é esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outros” (FOUCAULT, 1973, p. 9)

¹⁵ Aqui me refiro ao retrospecto das decisões e como o tema vem sendo enfrentado pelo STF desde o advento da constituição de 1988.

¹⁶ “ Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios do saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade” (FOUCAULT, 1973, p. 27)

Essa dimensão do discurso como jogo estratégico e polêmico, que causa tensões sob o ponto de vista de interesses em jogo, é um dos eixos da presente pesquisa.

Além disso a presente pesquisa será norteada pela Metodologia de Análise de Decisões¹⁷, que se difere do estudo de caso e da análise de jurisprudência, principalmente, nos objetivos e ao instrumento teórico utilizado em um de seus passos. (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 3)

A palavra metodologia é polissêmica e, segundo os autores do artigo que descreve a Metodologia de Análise de Decisões, possuem quatro acepções ao menos: “1. Processos lógicos e quase-lógicos mentais próprios à teoria do conhecimento; 2. Forma controlada, segundo certos procedimentos, de produção de decisões; 3. Procedimentos voltados à produção de trabalhos jurídicos “científicos”; e 4. Forma de identificar e constituir o objeto do direito. ” (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 4) Porém a M.A.D, estaria em um outro campo, menos comum dentro do direito¹⁸.

A M.A.D se divide em três momentos: a *pesquisa exploratória*, que consiste na eleição de uma bibliografia básica relevante que espelhe o tema, para que o pesquisador se familiarize com o objeto de estudo e crie uma matriz paradigmática; o *recorte do objeto* que se dará “a partir da identificação de uma questão-problema jurídica relevante aos olhos do pesquisador” (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 8), onde pode-se enxergar como problema relevante a oposição entre duas teses. Aqui elegi os acórdãos proferidos nos HC 84.078 e HC 126.292 por perceber que os argumentos trazidos “à baila” se contrariam. Se contrariam no sentido principalmente ideológico. Os argumentos giram em torno ora da política criminal que tende ao garantismo e intervenção penal mínima, ora da política criminal punitivista e encarceradora.

Por último o recorte institucional, que consiste na escolha dos órgãos decisores que vão ser pesquisados, levando em conta, como sugerem os Autores, pertinência

¹⁷ Metodologia descrita no artigo “ Metodologia de Análise de Decisões” dos Autores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima, publicado no Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, em 2010.

¹⁸ Nas palavras de Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima “a Análise de Decisões é um método que permite: 1) organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e 3) produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos. ” (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 7)

funcional do decisor ou do grupo de decisores¹⁹. ” (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 10). Optei por um recorte institucional que visa o STF por perceber que o julgado recente sobre o tema impactou todo sistema penal brasileiro de forma direta e indireta.

Tive certeza de que o tema era de relevância extrema quando me deparei com um parecer de um Procurador do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em uma apelação, oferecida pelo assistente de acusação, que tinha como pedido o aumento da pena-base do acusado em crime de furto qualificado em função das consequências do delito. Não obstante o membro do MP em seu parecer afirmar a tese do assistente de acusação requereu o imediato recolhimento do acusado, após o julgamento do apelo, mesmo que o réu viesse a oferecer embargos de declaração, “com fulcro no novel entendimento da lavra do egrégio Supremo Tribunal Federal, adotado no julgamento do Habeas Corpus 126.292, de 17 de fevereiro do corrente ano.”²⁰ Muito embora as alegações do assistente de acusação e membro do MP, o réu teve sua pena diminuída em face do princípio da insignificância.

Após a escolha das decisões a serem analisadas, deve o pesquisador, segundo o M.A.D, “verificar como os decisores estão a utilizar os conceitos, valores, institutos e princípios presentes nas narrativas decisórias.”²¹ Além disso, a M.A.D “deve ser operada por meio de uma teoria lógico-formal da linguagem”, isto quer dizer que, que se opera uma distinção semântica²². Por fim, segundo os autores Roberto Freitas Filho

¹⁹ Ainda sobre a relevância decisória, explicam: “(...) decisória diz respeito ao impacto (ou provável impacto) da discussão no campo jurídico. A Metodologia de Análise de Decisões possui uma orientação estreitamente relacionada com a prática e, portanto, é imperioso justificar com clareza o porquê da escolha daquele determinado decisor (ou decisores) com base na capacidade de geração de efeitos que sua interpretação tem no campo em que se situa.”

²⁰ Para preservar a identidade não citarei o nome dos envolvidos, muito embora o processo não seja protegido por segredo de justiça tampouco possui natureza sigilosa.

²¹ Para isso, é necessário que o pesquisador, a partir da leitura seletiva das decisões, verifique a ocorrência de elementos narrativos com os quais os decisores constroem seus argumentos. (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 11)

²² “ De forma resumida, a distinção entre palavras de valor e palavras descritivas diz respeito à função lógica delas em determinado discurso. As palavras descritivas são aquelas que não têm sentido prescritivo, não têm significado relativo à qualidade de um objeto ou situação. Dizer que algo é um automóvel é usar a palavra “automóvel” no sentido descritivo. Essa afirmação não pede uma justificação para que seja plenamente compreendida. Ninguém se pergunta, de forma geral, a quem diz “Isto é um automóvel”, por que essa pessoa descreveu o objeto como um automóvel. As palavras descritivas têm função lógica de designar um objeto, e seu significado é menos problemático que o das palavras avaliatórias quanto à estabilidade semântica *prima facie*. Por outro lado, um proferimento como “isto é um bom automóvel” pede, naturalmente, uma justificação sobre a avaliação feita a respeito da qualidade atribuída ao objeto. Bom é uma palavra de valor. As palavras de valor, por terem função de qualificar um

e Thalita Moraes Lima: “identificado o modo pelo qual o decisor constrói o sentido dos termos com os quais opera o discurso, é possível desdobrar os dados em uma série de possibilidades explicativas de sentido daquela prática social. ” ²³ (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 15)

Por isso, irei analisar voto a voto as razões e argumentos levantados por cada Ministro do STF nos dois principais acórdãos proferidos, para evidenciar os contornos do desentendimento sobre a questão em análise.

Como ponto de partida da análise, tal qual fez Foucault em sua obra²⁴ “As Verdades e as formas Jurídicas” proponho a reflexão do trecho de um texto de Nietzsche²⁵ sobre a invenção e a origem, que diz: “*Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante de maior mentira e da suprema arrogância da história universal*”.

A frase, até hoje, é carregada de insolência. Quem dirá na época, onde o neokantismo em voga não admitia a ideia de que o tempo e espaço podem preexistir ao conhecimento, muito menos a ideia de que o tempo e espaço não são formas de conhecimento, mas, pelo contrário, são rochas primitivas sobre as quais o conhecimento vem se fixar (FOUCAULT, 1973, p. 14).

Levanto aqui essa reflexão sobre a forma de produção do conhecimento por essa ter estreita ligação com a forma de produção da verdade e por consequência lógica a produção da verdade jurídica pelo STF.

Nietzsche afirma que, em determinado ponto do tempo e em determinado lugar do universo, animais inteligentes inventaram o conhecimento. O termo alemão que traduz a invenção, *Erfindung*, é utilizada por Nietzsche para se opor a palavra que significa origem, *Ursprung*, sendo assim quando se diz *Erfindung* (invenção) é para não

determinado objeto, não são estáveis semanticamente de forma apriorística, o que torna necessária a indicação, na motivação da decisão, das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso. ” (FREITAS FILHO, LIMA, 2010, p. 14)

²³ Como no caso que será examinado na presente pesquisa há a “possibilidade de se analisar as implicações políticas da prática do decisor tendo em vista um marco teórico que assuma esse postulado e assim por diante.”

²⁴ Não tenho aqui a pretensão de fazer uma análise tal qual a de Foucault, apenas utilizar as mesmas premissas, argumentos e principalmente o método de análise de discurso.

²⁵ Friedrich Wilhelm Nietzsche, 1844-1900, filósofo, poeta e compositor alemão do século XIX.

dizer *Ursprung* (origem) (FOUCAULT, 1973, p. 14). Para ilustrar a diferença entre invenção e origem Nietzsche se vale de dois exemplos. No primeiro diz Nietzsche que Schopenhauer cometeu um erro ao procurar a origem (*Ursprung*) da religião. Afirma ser totalmente falsa a ideia de que a religião teria origem em um sentimento metafísico, que a religião já estava dada, de que essa seria preexistente. Portanto a religião não teria origem (*Ursprung*), a religião foi fabricada, ela não existia anteriormente, portanto foi inventada (*Erfindung*). O segundo exemplo de Nietzsche é sobre a poesia. Afirma que a poesia não possui uma origem, pois um dia alguém teve a ideia bastante curiosa de utilizar um certo número de propriedades rítmicas e musicais da linguagem para falar, para impor suas palavras, para estabelecer através de suas palavras uma certa relação de poder sobre os outros, assim como a religião, a poesia foi inventada. (FOUCAULT, 1973, p. 15).

Assim como a poesia, um discurso jurídico, uma decisão jurídica propriamente dita, é composta por elementos linguísticos. Tal como na poesia esses elementos linguísticos são ordenados de certa forma para estabelecer através daquelas palavras ordenadas certa relação, relação essa que irá se tornar em uma verdade, muito embora tenha sido inventada.

Os exemplos trazidos por Nietzsche servem para demonstrar que o conhecimento, ou a verdade obtida através do conhecimento, é um *Erfindung e não Ursprung*, ou seja, foi inventado e não possui origem, por mais paradoxal que isso possa parecer “o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana” (FOUCAULT, 1973, p. 16), isso porque o conhecimento não constitui o mais antigo dos instintos do homem, apesar de Nietzsche admitir que o conhecimento tenha relação com os instintos humanos, o filósofo adverte que o conhecimento não pode estar presente nos instintos, pois o conhecimento é apenas o resultado do jogo do confronto, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos, “é porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas a um compromisso, que algo se produz. Este algo é o conhecimento”. (FOUCAULT, 1973, p. 16)

Nietzsche afirma que o conhecimento é o efeito dos instintos (e não um instinto), é como um lance de sorte, ou como o resultado de um longo compromisso, como uma

“centelha entre duas espadas”, mas que não é do mesmo ferro que as duas espadas (FOUCAULT, 1973, p. 17), sendo, portanto, ao mesmo tempo contra instintivo e contra natural.

Nietzsche nos mostra que se quisermos saber o que é o conhecimento (e a verdade sua produção), devemos nos aproximar não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder que constroem uma verdade. Assim, pode-se compreender como uma análise desse tipo nos introduz, de maneira eficaz, em uma história política do conhecimento, dos fatos de conhecimento e do sujeito. (FOUCAULT, 1973, p. 23), uma análise histórica do que Foucault chama de a política da verdade.²⁶ Muito embora aqui na presente análise não proponha a análise da verdade criada por políticos, podemos dizer que em tempos de ativismo jurídico²⁷

²⁶ “ Nietzsche quer dizer que não há uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento, mas que o conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não da ordem do conhecimento. O conhecimento é um efeito ou um acontecimento que pode ser colocado sob o signo do conhecer” (FOUCAULT, 1973, p. 24)

²⁷ O Ativismo Judicial tem suas origens no sistema do judicial review Norte-Americana. O caso Dred Scott vs. Sanford de 1857 demonstrou uma atuação ativista da Suprema Corte Americana, que atendendo os anseios dos setores mais conservadores da sociedade, encontrou amparo para declarar legítima a segregação racial (BARROSO, 2012, p. 26). O escravo Dred Scott alegou que era um homem livre porque viveu por certo tempo em um Estado livre. A Suprema Corte decidiu contra Scott numa decisão muito criticada e posteriormente revogada. Mais tarde, entre os anos de 1954 e 1969, a Suprema Corte Norte-Americana foi presidida por Earl Warren. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa nas práticas políticas Norte-americanas conduzidas pela jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais (BARROSO, 2014, p. 370). Casos como Brown vs. Board of Education, em 1954 onde se considerou ilegítima a segregação racial nas escolas, o caso Gideon vs. Wainwright, em 1963, onde se assegurou ao acusado em processo criminal o direito de defesa por advogado, o caso Miranda vs Arizona, em 1966, onde se assegurou o direito à não autoincriminação (do latim nemo tenetur se detegere), o caso marcante no tocante a liberdade de imprensa New York Times vs. Sullivan, em 1964 onde a Corte decidiu que as leis da difamação não podem ser usadas “para impor sanções por críticas à conduta administrativa de funcionários públicos” e que exigir dos críticos a exatidão de seus comentários conduziria à autocensura”. O caso Richardson vs. Frontiero, em 1973, que reconheceu direitos iguais às mulheres e o caso polêmico Roe vs. Wade, que vedou a criminalização do aborto praticado até o terceiro mês de gestação. No Brasil há diversos casos que demonstram a tendência do ativismo judicial. dentre elas podemos ressaltar algumas: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e sem que tenha havido manifestação do legislador ordinário como ocorreu no caso da imposição de fidelidade partidária (ADI 5081) e a vedação do nepotismo (ADC 12 MC, que originou a súmula vinculante Nº 13); e declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os critérios constitucionais e ostensiva violação da constituição, de que são exemplos às decisões referentes à verticalização das coligações partidárias (ADI 3685) e a imposição da cláusula de barreira (ADIs 1351 e 1354); a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, em caso de inércia do legislador como nos casos de greve no serviço público, ou no caso de políticas públicas insuficientes, que acontece por todo Brasil nas decisões sobre o direito à saúde. “Essas hipóteses distanciam os juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproxima de uma função que mais se assemelha à de criação do direito.” (BARROSO, 2014 p. 372)

em voga, as decisões tomadas pelo STF possuem, de certo modo, alguma natureza política.

A forma de produção do saber, e aqui para nós do saber jurídico, varia de acordo com os atores envolvidos no processo de construção dessa verdade. As vezes varia tanto que nos deixa a dúvida se a verdade que se busca realmente se pode alcançar. Nesse diapasão irei aqui, ao menos tentar propor uma análise de discurso consubstanciada no desentendimento da instituição suprema encarregada de interpretar e dar a última palavra em dissensos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, sobre a polêmica temática que tem tido bastante relevância na esfera penal, a possibilidade ou não de se iniciar a execução da pena do condenado em segundo instância pendente de julgamento de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário nas idas e vindas dos entendimentos do STF a partir dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078 e Habeas Corpus 126.292. Assim, a partir desse momento, passarei a analisar as decisões, voltando ao ano de 1994, quando o Supremo Tribunal Federal enfrentou pela primeira vez a matéria objeto do presente trabalho, chegando aos dias de hoje, onde o desentendimento, em pleno 2016, ainda vigora em nossa Suprema Corte.

Capítulo 2 – O desentendimento “supremo”

Tudo começou com o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 71.959²⁸ no ano de 1994. Na ocasião, a segunda turma do STF decidiu que “o julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão não impede a prisão do réu. O direito de o condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo²⁹”. Não vislumbrava a jurisprudência do STF nenhum tipo incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º - LVII da Constituição Federal. O relator, Ministro Marco Aurélio, iniciou seu voto dizendo que, ao menos “*no mérito da questão, não haveria dúvida sobre possibilidade de a prisão iniciar-se à título preventivo*”³⁰. Aqui parece que o Ministro tentou demonstrar para seus pares que os institutos da prisão preventiva e cautelar já seriam meios aptos a se mitigar a presunção da inocência. Porém, no caso examinado nos autos, o paciente não havia sido preso preventivamente e, além disso, aguardava o julgamento em liberdade. Após o julgamento da apelação, viu-se o paciente constrangido pela prisão, e, nas palavras do relator “*sem que houvesse se configurado o trânsito em julgado*”³¹, pois havia a pendência do julgamento do Recurso Especial.

“*Senhor Presidente, estarrece-me o enfoque até aqui emprestado na matéria*”, disse o relator, pois, mesmo quando não se trata da liberdade do indivíduo “*inexiste execução definitiva antes do trânsito em julgado*”, já que atos de força correspondentes à execução, no processo civil, esbarram na garantia do juízo pela penhora. Neste caso, pendente de recurso, o bem empenhado não pode ser expropriado. “*Como, então, entender que, em questão a liberdade, bem maior dos cidadãos, ao qual somente se sobrepõe à própria vida, possa-se, antes da preclusão maior [trânsito em julgado], impor a execução da pena e, portanto, ter quadro que pressupõe a certeza quanto à culpabilidade?*”. Aqui parece que o Ministro está seriamente preocupado com, em caso

²⁸ Ressalto que o entendimento aqui demonstrado se deu pela via difusa ou incidental.

²⁹ Artigo 27 - § 2º da Lei 8.038/90.

³⁰ Regras contidas nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

³¹ Aqui o Ministro faz menção ao texto constitucional que excepciona a prisão antes do trânsito em julgado em casos de flagrante delito, prisão preventiva (ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente).

de absolvição do paciente, *“atrair o retorno ao status quo ante”*. Em caso de disputa patrimonial, um bem pode ser devolvido. E a liberdade, poderá esta ser devolvida?

O Ministro Francisco Rezek havia pedido vista na ocasião em que a segunda turma enfrentou o RHC pela primeira vez pois, segundo o Ministro, havia um desfalque na composição da turma devido à aposentadoria do Ministro Paulo Brossard. Por isso o Ministro Maurício Corrêa, que iria preencher a vaga, ainda não havia sido nomeado à vaga e a matéria justificava a expectativa integral daquela turma. Ao iniciar seu voto, Rezek assume que a turma estaria dividida: *“há um ponto de vista majoritário e um outro que tem sido defendido pelo relator desse caso”* e prossegue *“quero permitir-me a leitura de trechos expressivos do voto do Ministro Marco Aurélio, para recapitulação, ainda que sumária de seus argumentos.”*

O entendimento de Rezek se manifestou contrário ao do Ministro relator. Para o Ministro, a interpretação radical da presunção de inocência faria sentido se pudéssemos combiná-la com alguma parcimônia com o sistema processual, *“em um país onde não fosse tão longa a trilha recursiva possível no processo [penal] comum”*. Parece que a morosidade da persecução penal preocupa o ministro³², que dá sua solução: *“cabendo recursos tão-só pela superabundante generosidade do sistema processual brasileiro – pode ter início a execução da sentença condenatória com o recolhimento do réu à prisão”*. Segundo Rezek, a turma tinha o ponto de vista majoritário, de acordo com o qual se exaurido o primeiro grau de jurisdição penal com uma sentença condenatória, e exaurido o segundo grau com confirmação da mesma, não havia óbice legal para impedir o recolhimento à prisão. Portanto, para o Ministro, interpretar a regra do texto constitucional da presunção de inocência deve compatibilizar, de algum modo, o sentido *“nobre da regra com o fato de que nossa sistemática processual é superabundante em matéria de recursos.”*

Rezek cumprimentou o Ministro relator e homenageou o seu *“elevado senso humanitário”*, porém pediu vênias para *“competir com a tese de que, neste caso, a*

³² Não é só o Ministro que está preocupado com a morosidade do sistema penal em face dos vários recursos disponíveis ao réu durante o processo penal. O juiz federal Sergio Fernando Moro, que ficou famoso por sua atuação na Operação “Lava Jato”, defende em seu artigo “Presunção de Inocência e efeitos de recursos” que: “Há uma exacerbação do princípio da inocência. O problema é que, caso assim se decida [pela não execução provisória], a eficácia de nossa Justiça criminal será comprometida, retardando a punição penal por anos.” (MORO, 2005, p. 3)

expedição do mandado de prisão pelo juízo de segundo grau, que confirmou a sentença de primeiro grau, é algo não agressivo à Constituição da República. ”. Assim, Rezek votou pela denegação da ordem e pela execução da pena pendente do Recurso Especial.

Rebatendo o voto de Francisco Rezek, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que o Paciente havia respondido à ação penal em liberdade, justificando que não havia necessidade de recolhimento à prisão. Argumentou com veemência que, apesar da sentença condenatória ter sido confirmada em segunda grau, a expedição do mandado que determinou a prisão seria uma espécie de execução sem o devido transido em julgado da sentença. Segundo o Ministro, *“todos sabemos que, pendente recurso sem efeito suspensivo a execução é provisória e chega apenas à garantia do Juízo”*. Em seguida, o relator indagou aos seus colegas se *“executada essa sentença, não fica assentada a culpabilidade? Podemos ter execução de sentença penal, sem que se tenha tornado extremo de dúvidas, em provimento emanado do Judiciário, a culpa do réu?”*. Marco Aurélio não deu tempo para que alguém se manifestasse e disse *“Não, Senhor presidente! Admito que o sentenciado possa perder a liberdade ainda que não tenha ocorrido o transito em julgado da sentença”*, referindo-se as prisões cautelares do processo penal, entretanto ressaltou que, *“todavia, é preciso que conste da sentença fundamentação no sentido de que esse recolhimento antecipado, fez-se tendo em vista os interesses da sociedade”*. Marco Aurélio não nega a mitigação da presunção da inocência em casos de prisões cautelares, mas reforça que tais medidas devem ser utilizadas apenas em caso de necessidade

Marco Aurélio não é o único que ressalta a importância da necessidade no âmbito das decisões no processo penal. Vale notar que, neste contexto, podemos traduzir o termo necessidade como o binômio “proporcionalidade e razoabilidade”, típico da doutrina penal. Luigi Ferrajoli destaca em sua obra **“Direito e Razão”**, de 2002, que *“nullum crimen nulla poena sine lege necessarie”*, atribuindo à hermenêutica das normas penais a “necessidade da intervenção penal, que vinculará o conteúdo da

norma penal e sua aplicação principalmente com a observância de outros subprincípios fundamentais: da lesividade e da intervenção penal mínima”³³ (SCHMIDT, 2002, p. 90)

Além da preocupação com a necessidade, o Ministro diz que não pode “*conceber que, diante da clareza do inciso pertinente à espécie, do rol das garantias constitucionais, diante da enumeração exhaustiva contida na Carta, das hipóteses em que é viável a prisão, caminhe-se para esse novo tipo, que é relativo à execução da sentença, que não transitou em julgado*”. Marco Aurélio pediu desculpas aos colegas por repetir os argumentos de maneira exaustiva e afirmou que, dentre as hipóteses viáveis de prisão, não está incluída a que venha ocorrer na pendência de recurso. Nesse momento, proferiu a celebre frase à qual já me referi no início: “*enquanto tiver cadeira nesta Corte insistirei na tese, porque estou convencido, a mais não poder, de que não subsiste a possibilidade de se executar uma sentença condenatória sem que tenha transitado em julgado*”, praticamente profetizando o que se concretizou mais tarde. O Ministro, vencido na ocasião, deu uma pista sutil de que aquela discussão estava longe ter fim.

O Ministro Néri da Silveira, pediu vênua ao relator para indeferir a ordem. Disse o Ministro que seria válida a norma do artigo 594 do CPP³⁴ que dispunha sobre a custódia do acusado logo após a decisão de primeiro grau, mesmo que ele tenha respondido ao processo em liberdade. Para o Ministro, seria mitigável também a presunção de inocência na pendência de Recurso, mas sob uma ótica mais radical, que admitiria o recolhimento após a condenação em primeiro grau mesmo que houvesse sido oferecido apelo pela defesa. A turma, como já sabemos, indeferiu por maioria a ordem e começou, naquela ocasião, a desenhar os contornos do (des)entendimento sobre a execução provisória da pena naquela suprema corte.

³³ Além de Andrei Zenkner Schmidt, Luis Luisi diz que “ tendo, pois, presente o imperativo de ter o direito penal a eficácia necessária, e como forma de superação de sua crise, dando-lhe uma adequada e exitosa reformulação, ousou propor que na revisão constitucional se dê ao inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal a seguinte redação: Não há crime e não há pena sem lei anterior, determinada e necessária”.

³⁴ A referida norma foi revogada em 20 de junho de 2008 pela Lei n. 11.719.

2.1 A mudança do entendimento em nome do Garantismo Penal

Sob relatoria do Ministro Eros Grau, o Habeas Corpus 84.078, de Minas Gerais, revolucionou o entendimento sobre a execução provisória da pena no STF. Isso porque o plenário daquela corte declarou ser inconstitucional a execução provisória da pena. Tratava-se de impetração com pedido liminar substitutivo de recurso ordinário, no qual se atribuía ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal pela denegação da ordem em habeas corpus impetrado naquela corte. O ministro relator do *mandamus* no STJ alegou que o princípio da não culpabilidade não inibe a constrição dos *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, vez que o recurso especial e o recurso extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo.

O paciente havia sido denunciado pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe e por emboscada na modalidade tentada³⁵. Pronunciado, o paciente foi a júri, que acolheu a tese da defesa de homicídio privilegiado, condenando o então acusado a 3 anos e 6 meses de reclusão. O MP apelou da decisão e conseguiu invalidar o júri realizado. Em novo julgamento, o paciente foi condenado pelo júri a 7 anos e 6 meses de prisão em regime inicial fechado. Foram interpostos recursos especial e extraordinário após o julgamento da apelação apresentada pela defesa. O recurso especial foi admitido e o Ministério Público requereu a prisão preventiva para que o recurso especial fosse processado pois o paciente “... é renomado produtor de leite, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda” e ainda, disse o membro do MP, sobre o paciente na ocasião: “ pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão”.

Preocupado com uma possível evasão do paciente e conseqüentemente com a possibilidade de pôr em risco a aplicação da lei penal, o juiz decretou a prisão preventiva que ratificou os argumentos trazidos pela procuradoria. “ [A]colho as ponderações da douta Procuradoria de Justiça, constante de fls. 835/837, determinando que se expeça mandado de prisão em desfavor do réu. “

³⁵ Art. 121, §2º, I e IV c/c art. 14, II do Código Penal.

A defesa, insatisfeita com a decisão, impetrou *writ* alegando inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar. Alegava ser falsa a base concreta afirmada pelo Ministério Públicos Estadual, vez que a intenção do paciente, ao se desfazer dos bens, era mudar de ramo de negócios e não se furtar à aplicação da lei penal, conforme ficou comprovado com documentos acostados aos Autos. Dessa forma, além de pedido liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, a defesa pugnou pelo deferimento do *writ* no mérito. O Ministério Público Federal opinou pena denegação da ordem.

Nesse contexto, o Ministro relator Eros Grau iniciou seu voto afirmando que a base empírica de sustentação de prisão preventiva fundada no receio de frustração da lei penal havia sido rechaçada pelo Ministro Nelson Jobim, portanto a tese de prisão preventiva não devia prosperar. Afastada a tese da prisão preventiva, o Ministro relator observou que a situação que estava por ser decidida possuía contornos de execução antecipada da pena. O habeas corpus foi afetado ao plenário pela turma pois a reflexão a propósito da matéria, nas palavras do relator, levava à conclusão de que o entendimento adotado pelo Supremo deveria ser revisto.

O controverso artigo 637 do Código de Processo Penal, estabelece que o “*recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para execução da sentença.*”. Em contraponto ao dispositivo, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 105, que espelha o preceito constitucional, condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado. Além disso, define em seu artigo 164 que a “*certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.*”

Para Eros Grau, a solução para a contradição entre as normas se encontraria no aspecto temporal e material. Isso porque os mencionados artigos da LEP estariam em perfeita harmonia com a Constituição Federal, além de serem mais recentes e específicos ao tema, e se sobreporiam ao disposto no artigo 637 do CPP. Além disso, argumentava o ministro que a execução provisória das penas restritivas de direito previstas no artigo 147 da LEP eram inviáveis de acordo com o entendimento daquela

corte³⁶. Dessa forma, como seria possível executar-se a pena privativa de liberdade, nas palavras do relator, *“indubitavelmente mais grave?”*. Afirmava o relator que se é proibida a execução provisória de penas restritivas de direitos, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade. Além disso, para o ministro qualquer entendimento diverso desse importaria em franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da CF.

Entrando em um ponto mais sensível, Eros Grau questiona qual seria a importância do dispositivo constitucional se aquela Corte *“admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado³⁷ anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Isso porque, para Eros Grau, quem lê o texto constitucional *“em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. Portanto, somente se for *“negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do artigo 5º, apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito à execução antecipada da pena de que se trate.”*

Outro ponto sensível trazido a luz pelo relator diz respeito à ampla defesa. Saliencia o Ministro que tal princípio engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais. Por isso, para o Ministro, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação *“significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão”*. Segundo Eros Grau, a execução antecipada é incompatível com o texto constitucional. Além disso, o relator ressalta que seu colega Sepúlveda Pertence, no julgamento do Habeas Corpus 69.964, trouxe à tona o argumento de que *“quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação de cumprimento de pena.”*

“A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos

³⁶ Alguns julgados sobre: HC 88.413 publicado no diário de justiça de 09/06/2006 sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, HC 86.498, publicado no diário de justiça de 19/06/2006 sob relatoria do Ministro Eros Grau, HC 84.859 publicado no diário de justiça em 14/12/2004, sob relatoria do Ministro Celso de Mello.

³⁷ Nas palavras do ministro *“ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena”*.

magistrados, não do processo penal. Ao prestigiar-se o princípio constitucional, dizem os tribunais, serão inundados por recursos, embargos e agravos, além do que ninguém mais será preso". Segundo o relator, trata-se de mera jurisprudência defensiva que reduz a amplitude ou "*amputa as garantias constitucionais*", e, para o ministro, "*a comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço*".

Eros Grau, assim como o Ministro Marco Aurélio, parece preocupado com as garantias constitucionais e com a intervenção penal mínima. Para ele, as garantias estão acima da pretensão punitiva estatal, nas palavras do relator: "*nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito, não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais*". O Ministro parece bastante preocupado com a dignidade da pessoa humana no âmbito do processo penal e afirma que "*[os criminosos] são pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional de sua dignidade. É admissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.*"

Por fim, o relator argumenta que a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito que incida sobre propriedade³⁸ anteriormente ao trânsito em julgado condiciona os efeitos do trânsito em julgado que incida sobre a liberdade. Nas palavras do ministro, "*a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade*" e acrescenta que "*salvo a hipótese de entender-se que a constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade e nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça à liberdade alcança de modo efetivo as classes subalternas*". Assim, o relator concedeu a ordem para que o paciente aguardasse o julgamento do seu Recurso especial em liberdade.

³⁸ O STF decidiu por unanimidade o não recebimento da lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, no RE 482.006, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos alegando que *“o tema é de grande relevância, (...) daí Senhor Presidente, peço vista dos autos para melhor refletir sobre os argumentos, considerando, especificamente a circunstâncias de que fui eu o Relator do precedente da primeira turma em sentido contrário ao brilhantíssimo voto proferido pelo Ministro Eros Grau”*.

O Ministro Carlos Ayres Britto pediu a palavra para fazer um esclarecimento. Cumprimentou o Ministro relator e considerou o voto prolatado como *“antológico, magnífico, de belíssima feitura”*, e salientou que aquele entendimento talvez estivesse *“rasgando um novo horizonte em favor do estatuto constitucional da liberdade de locomoção”*. Ayres Britto admitiu que o tema demanda uma reflexão profunda, porém, disse *“divergir um pouco de sua Excelência o Ministro Menezes Direito quanto à leitura que ele faz das decisões que estão sendo tomadas pela Primeira Turma”* em face do precedente, ora citado. *“A meu ver ela não fechou a questão em torno da ideia de que a não-suspensividade dos efeitos dos recursos excepcionais, já opera como um título de legitimação da execução antecipada, da execução provisória e eventual sentença penal condenatória”*.

Menezes Direito iniciou seu voto vista argumentando que *“o decreto de prisão ora atacado resultou de promoção do Ministério Público de Minas Gerais cujos fundamentos englobavam, ao lado daquele relativo à execução provisória da pena, uma possível evasão do ora impetrante e a conseqüente frustração da aplicação da lei”*. O Ministro deixa evidente em seu voto que os contornos da discussão giram em torno da execução da pena ao dizer: *“Resta, portanto, examinar a questão como posta pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a pertinência da execução da pena antes do julgamento dos recursos excepcionais”*. Passa, então, a defender que a jurisprudência do STF, historicamente, havia, até o momento, admitido o recolhimento à prisão do condenado à pena privativa de liberdade por decisão pendente de recurso, mas admite que *“é verdade que esse entendimento tem sido objeto de questionamento nos últimos tempos.”*

Mesmo assim, o Ministro manteve firme sua posição e disse: *“não vejo motivo para afastar-me da orientação histórica desta Suprema Corte”*. Menezes enxergava diferente de seus pares a extensão do alcance do dispositivo constitucional consagrado

no art. 5º, LVII da Constituição. Para ele, a norma em questão *“não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos excepcionais”*. Segundo o Ministro, tais recursos tinham como objeto discussão sobre a tese jurídica e não sobre a matéria de fato, e, portanto, *“o esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instancias ordinárias.”* Menezes afirma em seu voto que os recursos extraordinários possuem tal característica *“exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados.”* Nessa lógica, para Menezes, ao *“admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos”*.

Contrariando o Ministro relator, Menezes entende que o princípio da presunção de inocência *“não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias”*. Temia o Ministro que tal situação poderia resultar em *“subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instancias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais tornando-os também ordinários”*.

Menezes aponta um ponto sensível: para ele a ordem de prisão, sentença ou o acórdão *“é uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciárias”*, que pode sim formar culpa pois, nas palavras do Ministro, *“supõe o exame aprofundado das provas produzidas.”* Desse modo, se é admissível a prisão cautelar, porque não admitir um decreto prisional fundado em provas matérias? *“Não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal”* pois, *“ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas não deixariam de constituir a sua violação.”*

Assim, considerando que os recursos especial e extraordinário não tem, em regra, efeito suspensivo, para Menezes, *“a execução da prisão decretada pelo Magistrado que proferiu ou confirmou a decisão condenatória é um efeito que não pode ser obstado por sua só interposição”*.

Menezes prossegue entrando em um ponto que até então não havia sido debatido: a função da pena. *“A sanção penal tem duplo caráter, especialmente na*

forma de privação da liberdade". Segundo Menezes, a retribuição e a *prevenção* "se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos", onde o elemento preventivo estaria em perfeita harmonia com a execução provisória da pena "na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo", e por isso seria justificável. "Não se trata de um viés autoritário" disse Menezes, "a prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América, Canadá e a França". Em sua análise comparativa, salientou que nos EUA o sistema é bem claro "ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão não é suficiente para obstar seu imediato cumprimento".

Por fim, Menezes ressalta em seu voto que "essa orientação sedimentada na jurisprudência da Suprema Cortes representa um mecanismo inibitório de manobras de toda sorte". Menezes se preocupa, não só com a morosidade, mas com a possibilidade de uma possível atribuição de efeito suspensivo às vias extraordinárias "procrastinar os julgamentos e impedir a execução da condenação dos réus".

"Há aqui um correto balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, que também tem direito a uma eficiente proteção estatal", disse Menezes. "[D]eixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação permite". O Ministro pediu vênias ao colega Eros Grau para denegar a ordem e contrariar o entendimento do relator.

Era a vez do Ministro Celso de Mello proferir seu voto. Iniciou argumentado que as prisões cautelares são excepcionais e, além disso, podem efetivar-se desde que "o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos definidos em lei". Por isso, se exige para a modalidade "a comprovada materialidade e constatada a existência de meros indícios de autoria e que ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do CPP, torna-se legítima a decretação".

Há de se distinguir a prisão cautelar e a prisão penal, segundo Celso de Mello. Não se confundem, pois, a prisão cautelar, não traduz "qualquer ideia de sanção" pois, "constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar em benefício da atividade

desenvolvida no processo penal". Portanto, por possuírem funções distintas, *"a prisão processual não pode ser utilizada com objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva estatal, pois, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva"*.

"Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado" disse Celso ressaltando o texto constitucional. *"O Supremo Tribunal tem exata percepção de quão fundamentais para vida do País, a de seu povo e a de suas instituições são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição"*.

Para Celso está claro que *"nossa constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade persecução penal"*. Para ele, o STF, ao negar a execução provisória da pena ou impedir que o Estado decrete, por antecipação, a prisão cautelar sem qualquer base justificadora da real necessidade *"nada mais faz senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível"*. Celso de Mello acompanhou o integralmente voto de Eros Grau a qual se referiu como *"magnífico"*.

Joaquim Barbosa votou logo após o Ministro Celso. Alinhou-se a antiga corrente segundo o Ministro *"é viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instancias ordinárias de jurisdição"* e votou pela denegação da ordem admitindo a *"execução provisória da pena uma vez exauridas as instancias ordinárias"*.

Logo após, Ayres Britto iniciou sua explanação dizendo que os ministros teriam em mãos *"uma causa instigante, que se traduz não em um tema de Direito Constitucional, mas em um verdadeiro temário, tantos são os institutos e figuras de direitos subjacentes à impetração"*. Para o Ministro, o entrelaço de tantos temas constitucionais exigiria *"uma interpretação rigorosamente sistemática ou casada, jamais solteira ou isolada."*

Entendia ser a garantia da presunção de inocência *"não só uma garantia, mas também um direito substantivo"*. O direito substantivo (material) é a própria presunção de não culpabilidade, *"logo, enquanto não sobrevém o transito em julgado de sentença"*

penal condenatória, o indivíduo permanece investido nessa presunção de não culpabilidade, nesse direito material à presunção de não culpabilidade”.

Uma nova face é apresentada por Ayres Britto sobre os contornos da presunção de não-culpabilidade³⁹ e afirmou em seu voto que *“justiça penal eficaz não se alcança com sacrifício do devido processo legal”*. Fez uma breve ressalva na qual dizia admitir a execução provisória na esfera eleitoral, vez que *“a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores a outros parâmetros constitucionais”*. Concluiu dizendo que em matéria *“estritamente penal, o meu voto, aqui, é pela concessão do habeas corpus. “*

Cezar Peluso iniciou seu voto falando de Beccaria, um grande pensador do Direito Penal. Segundo Peluso, em Beccaria estariam os elementos que consagram o princípio da inocência do réu, que para ele, *“aparece nítido como reação política contra a maneira como o réu era tratado no processo”*.

Além disso, Peluso reflete sobre o termo presunção. Diz o Ministro que o Direito conhece duas modalidades de presunção: a *iures* e a chamada presunção *hominis* *“ a iuris, como todos sabemos, é a técnica operacional pela qual o Direito cria sua realidade de acordo com aquilo que, fora do Direito, ordinariamente acontece”*. Já a presunção *hominis* *“é só técnica ou modalidade de raciocínio, que se dá sobretudo no processo de convicção do juiz. Parte-se de fato conhecido, e por indução, pela experiência, chega-se ao fato desconhecido”*.

Assim, conclui o raciocínio dizendo que *“o princípio não trata de algum dado estatístico de que a grande maioria dos réus seria inocente no processo penal, logo não pode ser presunção iures”*. Para ele, o termo presunção *“deve apenas ter sido verbo usado na declaração de 1789, mas sem nenhum dos significados técnicos-jurídicos a que se liga o termo”*. Para ele, tal princípio é adotado para *“resguardar condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em definitivo”*. Por isso *“o conteúdo jurídico do princípio é, nada mais*

³⁹ Para o Ministro Ayres Britto o termo “presunção de inocência é carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: o homem é inocente até que se prove o contrário. A constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário, vai além disso, para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do transito em julgado. “

nada menos, que a expressão de uma garantia no sentido substancial, não no sentido de remédio processual". Diante disso, Peluso indagou sobre *"a questão da falta do efeito suspensivo do recurso"*, e respondeu que *"ela, evidentemente não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional"* vez que *"outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil"*. Segundo o Ministro, a presunção de inocência passaria a *"ser enunciado de caráter moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito"*.

Fundamentando seu voto reafirmando o alcance do princípio, Peluso entendeu estar protegendo um dos bens jurídicos mais importantes que caracterizam a dignidade da pessoa humana: a liberdade física e complementou *"nos termos do velho Beccaria, a sociedade não pode furta-se a proteger, enquanto juízo, em caráter definitivo, não lhe reconheça a culpabilidade"*. Pediu vênias aos colegas que tinha votos divergentes do seu e acompanhou integralmente o voto do Ministro Eros Grau, concedendo a ordem.

Ellen Grecie, contrariando o Ministro relator denegou a ordem pois para ela *"Não se cuida, portanto de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especial e extraordinário não se prestam ao reexame da prova nem dos fatos"*.

Chegou a vez do voto do Ministro Marco Aurélio. O Ministro disse de início que *"o tribunal est[ava] dividido"*. Para ele, *"não cabe discutir se recurso de natureza extraordinária possui ou não eficácia suspensiva, é estreme de dúvidas que não possui"*. Demonstrou, então, que se o objetivo é imprimir esse efeito, deve-se ajuizar ação cautelar pleiteando tal efeito ao órgão julgador. Mais uma vez Marco Aurélio se mostrou preocupado com o *"status quo ante"* caso o réu seja absolvido após ser iniciada a execução provisória. Como já havia feito, concordou que a preventiva é exceção a presunção de inocência, mas afirmou que *"aqui, não se trata de discutir essa possibilidade, o que estamos discutindo é se, havendo condenação passível de reforma mediante recurso, pode-se acionar o título condenatório para iniciar o que será, sem sobra de dúvidas a execução penal. A meu ver, não"*.

Marco Aurélio já havia anunciado que enquanto estivesse na corte iria manter o posicionamento e acrescentou que *"nessas horas em que se busca com afinco a*

persecução criminal, para não se descambar para o justicamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais”. Concluiu que “a discussão da eficácia do recurso com a execução –imprópria do campo penal- da sentença ou decisão ainda passível de reforma mediante recurso, contrariando-se, a mais não poder, (...) o princípio da não-culpabilidade”. Marco Aurélio seguiu o voto do relator para deferir a ordem e, além disso, declarou que “o verbete número 267 do Superior Tribunal de Justiça como conflitante com a Constituição Federal”

Logo após veio o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, na ocasião, presidia a Corte. Disse o Ministro: *“também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção da inocência qualquer antecipação do cumprimento da pena (...). [P]arece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana”. O Ministro Gilmar se mostrou seriamente preocupado com a interpretação dos direitos fundamentais e suas repercussões.*

Disse Gilmar Mendes: *“estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante para o Tribunal. Por outro lado, eu tenho a impressão de que nós estamos nesse processo permanente de transição” e por isso “que as composições anteriores não nos vinculam, esse é um processo contínuo, estou absolutamente tranquilo de que nós poderemos dizer: a decisão que se tomou no passado era correta⁴⁰, como é correta a decisão que hoje se está a tomar, a luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional”. Naquela ocasião o Ministro Gilmar acompanhou o relator e “todos aqueles que se manifestaram também nesse sentido, para deferir a ordem ” e disse “que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, ofende diretamente o princípio da não-culpabilidade”*

Assim, naquele 05 de fevereiro de 2009, o plenário do STF, por maioria, deferiu a ordem de Habeas Corpus, nos termos do voto do Ministro Eros Grau, vencidos Menezes Direito, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa e Ellen Grecie. Além disso, mudaram

⁴⁰ O Ministro se refere as decisões anteriores que “reconheciam, sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso”.

o entendimento que vigorava até então, reconstruíram a verdade sobre o início da execução no processo penal e o alcance, a meu ver mais garantista, do princípio da não-culpabilidade.

2.2 O Habeas Corpus 126.292 e a volta do entendimento “eficiente”

Gilmar Mendes havia antecipado o que estava por vir. O Ministro em seu artigo “*A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio*” presente no Livro que homenageia os 25 anos do Ministro na corte “**Ministro Marco Aurélio: 25 anos no STF**” disse: “*tenho que o entendimento do STF [sobre a execução provisória da pena] merece ser revistado*⁴¹”. (MENDES, 2015, p. 15)

O Ministro não só antecipou que o entendimento estava prestes a ser revisto, como adiantou seu posicionamento, contrariando seu voto no HC 84.078, quando disse que “*a credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável*”. (MENDES, 2015, p. 15) parece que Gilmar Mendes está preocupado. Além da morosidade, a própria credibilidade das instituições e da justiça em geral preocupam o Ministro. Para Gilmar, a condenação que impõe pena privativa de liberdade inicial fechado, tem seu cumprimento justificado para garantir a ordem pública.

Gilmar Mendes sabe que “*não há como prever se o STF acolherá a proposta de nova análise do tema*” (MENDES, 2015, p. 16). No entanto, de maneira profética, antecipa que “*se um dia o fizer, não se sabe qual será a composição da Corte*” (MENDES, 2015, p. 16), portanto o resultado poderia vir a ser contrário. Ao cabo Gilmar diz: “*a toda sorte, se vier a julgar novamente a questão, a Corte terá que enfrentar, com a devida consideração e respeito, seu próprio precedente, solidificado a partir da posição firme do Ministro Marco Aurélio*”⁴² (MENDES, 2015, p. 16)

Gilmar estava certo. Sob relatoria do Ministro Teori Zavascki o Habeas Corpus 126.292 foi afetado ao plenário no intuito de que o entendimento anterior fosse revisto. Tratava-se de *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão,

⁴¹ “Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias” (MENDES, 2015, p. 15)

⁴² Aqui, Gilmar nos aponta que o julgado 84.078, serve de precedente àquela Corte.

Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. O paciente havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses de prisão em regime inicial fechado, pela prática de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. O paciente respondia em liberdade. Inconformada com a decisão de piso, somente a defesa apelou ao TJSP. O Tribunal negou provimento ao apelo e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. A defesa imediatamente impetrou *Habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e teve o pedido liminar indeferido. Teori havia concedido liminarmente a ordem suspendendo a prisão preventiva decretada na Apelação Criminal. O Ministério Público Federal emitiu parecer no sentido de conceder a ordem de Habeas Corpus.

O relator iniciou seu voto tratando de questões processuais. Disse que a Súmula 691/STF estabelecia que “*não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância*”. No entanto, disse que quando a decisão impugnada se evidencie manifestamente teratológica, aquela Corte teria a autorização para julgar o tema. Prosseguiu o Ministro relator delimitando o tema. Disse que o que estava em questão era a reflexão sobre “*o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.*”

Com uma boa dose de lucidez, o Ministro diz que “*em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário*”, demonstrando que o uso do precedente não variava de tal modo que um entendimento universal havia de ser firmado.

Segue na sua explanação o relator dizendo que “*a eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade*

extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal". Teori passa a demonstrar o seu entendimento. Para ele o sentenciado condenado em primeira instancia já possui, de certa forma, a culpa formada, embora não definitiva, tal culpa é *"pressuposto inafastável para condenação"*, segundo o Ministro. Assim, havendo apelação, mantendo a condenação em Tribunal de hierarquia imediatamente superior, *"fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa"* e acresce que *"é ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição"*.

Entendendo assim, o Ministro afirma que no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, portanto, um eventual recurso de natureza extraordinária, *"não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade (...) com o julgamento implementado pelo Tribunal na apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa"*. Nessa lógica, o Ministro tenta afastar o efeito suspensivo afirmando o art. 637 do CPP e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Ao analisar o alcance da presunção de não culpabilidade em face da execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária, disse o Ministro que preceito constitucional não teria seu núcleo essencial comprometido pois, ao longo do processo nas vias ordinárias, o acusado fora tratado como inocente. Assim, o Ministro afirma que *"não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários."*

O Ministro passa a análise comparativa com a legislação de outros países. Diz que na Inglaterra tem-se que a *"regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança"*. Nos EUA *"o sistema legal não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão"*. No Canadá o *"código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta"*. Na França o *"Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos"*. Na Espanha, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente

garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Na Argentina “a execução penal pode ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. ”

Após a análise comparativa, Teori passa a ponderar os efeitos do julgado anterior. Segundo o Ministro, o entendimento dado pelo STF “*tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.* ”

Assim, segundo o relator, cumpre ao “*Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional.* ” Teori quer que o processo penal tenha eficiência, e assegura que “*não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.* “

Reconhece que podem haver equívocos nos juízos de piso, assim como podem haver nas instancias extraordinárias, segundo ele. Mas pondera que “*sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.* ”⁴³

Por fim, o Ministro diz que essas razões justificam a proposta de mudança de entendimento, restaurando o tradicional entendimento que dizia: “*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*”. Teori denegou a ordem do Habeas Corpus, e revogou a

⁴³ “Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumento inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. ” Afirma Teori Zavascki em seu voto.

liminar que havia concedido. Além de dar novos contornos ao entendimento sobre a execução provisória e ao precedente que estava ali sendo formado.

O Ministro Edson Fachin, recém-chegado naquela Corte, iniciou seu voto dizendo que *"não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra"*. Fachin demonstra cautela e, além disso, ressalta a responsabilidade da ponderação do Supremo. O Ministro havia extraído sua frase inaugural de um discurso de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte estadunidense de 1941 a 1954. Para o Ministro, a afirmação *"de certa forma expressa a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional."*

Disse Fachin que o STF é guardião da constituição, assim como o STJ é guardião da legislação infraconstitucional, como determina a CF. Fachin diz que aquela Corte não possui o desenho de Corte constitucional nos moldes europeus, por possuir competências além do controle de constitucionalidade, o que ocasiona, segundo o Ministro, em *"um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como está Corte interpreta determinadas regras constitucionais."*

Por essa razão, Fachin concorda com a maneira que o Ministro Teori interpreta a presunção da não-culpabilidade. Para Fachin, é preciso interpretar tal princípio *"em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo."* O Ministro se refere aos artigos 102 e 105 da CF, que para ele preceituam a não apreciação do caso concreto pelo STJ e STF, segundo o Ministro que diz: *"O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças."*

Para Fachin esgotado esse juízo do caso concreto pode-se iniciar a execução. Assim como Teori, Fachin está preocupado com a credibilidade das instancias ordinárias e a eficiência de seus julgados e afirma: *"Se afirmamos que a presunção de*

inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. “ Fachin, em nome da eficiência e credibilidade, acompanhou o voto do relator integralmente.

Logo após Fachin, votou o Ministro Luís Roberto Barroso. Barroso iniciou seu voto delimitando a controvérsia, que para ele *“a discussão aqui travada consiste em saber se a Constituição admite ou não a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal”*. Barroso afirmou que a matéria oscilava constantemente na Corte,

Antes de entrar no mérito da questão, Barroso iniciou uma breve explanação a respeito do fenômeno da *“mutação constitucional”*⁴⁴. *“O Direito não existe abstratamente, fora da realidade a qual incide.”* Disse, *“as teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade.”*

“Houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena”, se referindo ao HC 84.078 e acrescentou: *“agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.”*

Barroso se mostra preocupado. Os recursos protelatórios que tentam obstar o início da execução, para o Ministro, abarrotam o judiciário. Além disso, segundo o Ministro, são totalmente ineficazes já que o *“percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁶. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos*

⁴⁴ Nas palavras do Ministro: *“Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.”*

criminais pelo STF (RE's e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. ⁴⁵

Outro ponto que preocupa o Ministro é a seletividade penal. Para o Ministro, a decisão tomada no HC 84.078 reforçou tal seletividade. Isso se deu, principalmente, pois a *“possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos”* Barroso também se mostra preocupado com a credibilidade do judiciário. Para Barroso *“o novo entendimento [do HC 84.078] contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.”* De acordo com esses três fatores Barroso acredita que *“tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência”*, ou seja, a leitura que impede a execução provisória da pena.

O Ministro cita alguns exemplos daquilo que ele denomina de *“uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer”*. Dentre eles o caso Pimenta Neves, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Ainda, o Ministro lembra o caso Natan Donadon. Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, *“foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois.”*

Barroso chama a atenção para um caso que estava em pauta naquela sessão. Tratava-se de um Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Somente pelo estágio recursal que se encontrava é possível calcular quanto tempo aquele caso tramitava. O réu condenado em Tribunal do Júri por homicídio qualificado por fato cometido em 1991, e depois de quase 25 anos depois, a sentença ainda não havia transitado em julgado.

Na argumentação do Ministro Barroso a razoável duração do processo estava em crise. E esse dever do estado que se coaduna com exigência da sociedade se

⁴⁵ Dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF.

mostra, segundo o Ministro, fundamental para se atingir a prevenção especial da pena. Disse Barroso:

“Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário” disse Barroso que votou no sentido de denegar a ordem e revogar a liminar que havia sido concedida. Além disso Barroso propôs fixar a seguinte tese de julgamento: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

A Ministra Rosa Weber votou em seguida. Não trouxe argumentos aprofundados pois, segundo ela, o *“habeas corpus não estava previsto com maior antecedência na pauta de hoje, não tive condições de me debruçar sobre o tema com cuidado e atenção que merece”*. Elogiou o voto do relator e disse concordava com os argumentos de Fachin e Barroso. Disse que há de se ter cautela na manutenção de jurisprudência, qualquer que seja a matéria, por aquela Corte, pois, *“o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade”* e prosseguiu *“tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário”*. A Ministra tinha preocupação em revisar o voto do Ministro Eros Grau no HC 84.078, apesar de concordar que o processo sob relatoria dela, citado no voto do Ministro Barroso, além de emblemático revela o uso abusivo e indevido de recursos.

A Ministra ressaltou que *“há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para as solucionar não passa pela alteração, por essa Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional”* Assim, pedindo vênia ao relator, Rosa Weber concedeu a ordem. Disse ainda que entendia que a decisão do Tribunal de Justiça *“determinara execute-se a pena, em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar.”*

Luiz Fux, votou após a Ministra Rosa. Explicou que a presunção de inocência está calcada no mote de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. Apesar disso, a presunção de inocência segundo o Ministro afirmada pela Declaração

Universal dos Direitos Humanos da ONU diz; *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada”*, o que para o Ministro significa que *“não há necessidade do transitio em julgado”*. Isso porque, para o Ministro, após oferecida a denúncia, sido condenado em primeiro grau, e mantido a condenação em segundo grau, haveria sobre o réu alguma culpa provada, o que independe do transitio em julgado.

“[A] presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição” parece que o que Fux está a propor é uma formação de culpa capitular, isto é, passada determinada etapa processual, pode-se afirmar que o réu tem a culpa cada vez mais comprovada e a inocência presumida fragilizada. Nesse entendimento, Fux acompanhou o voto de Teori, Fachin e Barroso integralmente, denegando a ordem.

Veio a vez de Carmén Lúcia. Iniciou ressaltando a relevância do tema. Disse que a última decisão tomada no HC 84.078, *“chegou a ser muito discutida, nas faculdades, nas academias”*. A Ministra havia sido vencida no julgado de relatoria do Ministro Eros Grau. Disse a Ministra: *“portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade pena o início do cumprimento da pena determinado quando já exaurida a fase de provas.”*

Nesse contexto, a Ministra votou mantendo seu entendimento de que a Constituição determina a *“não culpa definitiva e não a não condenação definitiva, em duas instâncias assim foi considerado, nos termos incluso das normas internacionais de direitos humanos.”* Denegou a ordem acompanhando o voto do relator Teori Zavascki.

Gilmar Mendes votou depois. Seu voto não era novidade para ninguém. Segundo Ministro, *“nosso sistema é bastante singular, porque, ao contrário, por exemplo do modelo alemão, não enseja transitio em julgado”*. O Ministro estava preocupado com a imagem do Brasil lá fora. Disse que *“não faz muito tempo [a revista] The Economist fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil, um pouco na linha do que falou há pouco o Ministro Barroso, dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do transitio em julgado para a execução da sentença, sugerindo abusos.”* Assim, invocando dessa vez a eficiência e credibilidade

da Justiça penal, Gilmar Mendes contrariou seu voto no HC 84.078 e acompanhou o voto de Teori integralmente para denegar ordem, pedindo “vênia antecipadas ao Ministro Marco Aurélio e ao Ministro Celso de Mello, que há muito perfilham a orientação dominante até aqui”.

Chegou a vez do voto do Ministro Marco Aurélio. Após quase 22 anos de seu voto emblemático sobre a questão quando o Supremo enfrentava a matéria pela primeira vez, Marco Aurélio se via diante de uma situação praticamente irreversível. Marco Aurélio sabia que seu entendimento, dessa vez, seria o entendimento vencido e iniciou seu voto dizendo *“Presidente, não vejo uma tarde feliz em termo jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.”*

Marco Aurélio afirmou que o pronunciamento que estava prestes a se realizar *“esvazia o modelo garantista da Carta de 1988”*. E acrescentou *“tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”*. Me parece que Marco Aurélio se preocupa com o sentimento de impunidade que tende a superar o modelo garantista para buscar a efetivação do sistema penal.

Marco Aurélio reconheceu a morosidade na Justiça, e disse que *“no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, para o Estado-acusador e para o próprio acusado”*. Reconheceu que é época de crise. *“Crise maior. Mas justamente, em quadro de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos sendo surpreendida.”* O Ministro afirmou que *“ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta”*.

Além disso, o Ministro disse que o preceito constitucional da presunção de não-culpabilidade *“não permite interpretações.”* Isso porque para ele *“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 rescrever a norma jurídica, e no caso, o preceito constitucional.”* Assim, mantendo os argumentos que sempre sustentou, disse *“peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e empresta algum significado ao princípio da não*

culpabilidade. Qual é o significado, senão evitar que se execute uma pena a qual não é, ainda, definitiva? ” Desse modo, acompanhou a divergência pelo implemento da ordem pleiteada na inicial, concedendo a ordem do Habeas Corpus.

Celso de Mello se manteve na mesma linha que Marco Aurélio, como Gilmar já havia adiantado. Disse que a presunção de inocência, desde de São Tomás de Aquino em sua Suma teológica, *“constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa de 1215”*.

Disse o decano que *“a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa, independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputada, há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória”*. Para o decano a presunção de não-culpabilidade *“representa, de um lado, um fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro lado, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos”*.

“A constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado no desempenho da atividade de persecução penal” e por isso, segundo Celso de Melo, *“se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos EUA e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõe a necessária observância do transito em julgado da condenação criminal. ”*

O Ministro diz que a proteção da presunção de não-culpabilidade no nosso sistema é mais intensa. Portanto, quando o supremo, afasta a possibilidade da execução antecipada da condenação criminal *“nada mais faz, senão da ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível”*.

Assim, o Ministro Celso disse, afirmando a tese constitucional mais garantista, que qualquer que seja *“o fundamento jurídico invocado, nenhuma execução de condenação criminal em nosso país, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título, judicial definitivo. ”*

Celso de Mello disse ainda *“lamento, Senhores Ministros, registra-se um tema*

*tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da Republica, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista”. Parece que o decano entende que a execução provisória é um regressista atentado contra as garantias no processo penal. O Ministro concluiu seu voto acompanhando integralmente a divergência, reafirmando assim, a tese que a “*execução prematura da sentença penal antes doe consumada o seu transito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu*”.*

O último a votar foi o Ministro, na ocasião presidente, Ricardo Lewandowski. Que iniciou seu voto adiantando que iria manter sua posição, “*no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência*”. Disse que à época do julgamento do HC 84.078 havia trazido consigo em seu voto, lição de três professores titulares da Universidade de São Paulo⁴⁶, “*que diziam: para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal*”. O efeito suspensivo, segundo diziam aqueles professores, nas palavras do Ministro, “*deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o art. 637 do CPP, ser revisto à luz da Lei Maior.*”

Lewandowski votou pela concessão da ordem, acompanhando a divergência que naquela ocasião fora vencida. Assim, aquele tribunal naquela tarde de 17 de fevereiro de 2016, escreve mais uma página nas idas e vindas da execução provisória no entendimento do STF, e por maioria de 7 votos a 4. Denegaram a ordem ao paciente e reinventaram a execução provisória no Brasil.

2.3 O desentendimento sem fim e as ADC 43 e 44

Após o julgamento do Habeas Corpus 126.292 os tribunais de todas Instancias passaram a adotar o entendimento adotado pelo STF. Porém, alguns Ministros daquela corte se recusaram a adota-lo. Sob relatoria do Ministro Celso de Mello, a Medida Cautelar no Habeas Corpus 135.100 de Minas Gerais julgado em 1º de julho de 2016, teve um desfecho inusitado. Celso de Mello deixou de aplicar o entendimento firmado

⁴⁶ O Ministro se refere aos professores Antonio Magalhães Filho, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Scarance Fernandes.

argumentando que “*é necessário enfatizar, pelo [de a decisão] ter sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante*”. Assim, afirmando que resta impossibilitada a prisão do paciente no caso em tela, o Ministro Decano concedeu deferiu o pedido de liminar, para que o paciente aguardasse o julgamento em liberdade.

Também adotando o mesmo posicionamento, Lewandowski no dia 27 de julho de 2016, contrariando o entendimento do HC 126.292, julgou procedente o pedido liminar no HC 135.752 argumentando que

“(...) não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o jus libertatis do acusado diante do jus puniendi estatal – derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgão judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal”

Nesse ir e vir do entendimento firmado que não é seguido nem pelos próprios Ministros da Corte, o Partido Nacional Ecológico propôs a ADC 43 que, requer a declaração de constitucionalidade do art. 283⁴⁷ do CPP. Além do Partido, o Conselho Federal da OAB propôs uma ADC com o mesmo pedido, que foi autuada sob o número ADC 44. Para ambos, a decisão que autorizou a prisão após 2ª instância é incompatível com o texto do artigo 283, que reproduz em suma, o texto constitucional sobre a presunção de não-culpabilidade. O julgamento foi iniciado no último dia 1º de setembro, e ainda não teve fim. Estive presente na sessão em que o Ministro Marco Aurélio, relator de ambas ADC's, votou, mantendo seu posicionamento já conhecido sobre a matéria, pelo deferimento da liminar reconhecendo a constitucionalidade do referido artigo, para que “*sejam suspensas todas as execuções provisórias determinadas após a decisão de 2ª instância.*” Entretanto, o Ministro considerando o princípio da eventualidade, votou no sentido de que, se não for este o entendimento adotado por

⁴⁷ art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

maioria na Corte, *“seja então deferida a liminar para suspender a execução provisória do réu cuja culpa esteja questionada no STJ, bem assim a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa.”*

Mas o que chamou a atenção não foi o voto do Ministro Marco Aurélio. O que chamou a atenção foi a mobilização da comunidade de advogados criminalistas em prol da causa. Quase todas entidades que representam a advocacia criminalistas, públicos ou privados, ingressaram no pleito objetivo como interessados ou *amici curie*. Parece que a advocacia brasileira se preocupa com os rumos que a execução provisória pode tomar. Destaco aqui alguns trechos das sustentações orais que pude presenciar feitas naquela tarde de 1º de setembro.

Antônio Carlos de Almeida Castro, conhecido como “Kakay”, falou pelo Partido Nacional Ecológico – PEN, e criticou ferrenhamente a imprensa que afirmou que a causa defendida nas ADC’s levava em consideração os “clientes privados” dos advogados, que são réus nas operações lava-jato e zelotes. Kakay ressaltou que a presença da Defensoria Pública demonstrava que o que estava se discutindo atinge milhares de dezenas de pessoas. Em nome do Conselho Federal da OAB, o Advogado Juliano Breda disse que *“todas as centenas de prisões determinadas a partir deste julgamento da casa em fevereiro foram tomadas com franco e absoluto desrespeito ao artigo 97 da CF”*. Gustavo Zortéa, que falou pela Defensoria Pública da União disse que *“na prática, iniciando a execução pela condenação em segunda instância, o réu será submetido a excesso de execução se vier a ser absolvido posteriormente.”*

Rafael Munerati, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustentou que *“há um alto índice de alterações nos acórdãos criminais oriundos dos Tribunais de Justiça”*. Thaiz dos Santos Lima, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, trouxe um estudo no qual *“ficou constatado que em 41% dos recursos especiais da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que cuidavam de absolvição, atenuação de regime, redução de pena ou até mesmo a substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, tiveram o resultado positivo.”*

O criminalista Fábio Tofic do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, disse que *“o Brasil ostenta a marca de ter uma das maiores populações carcerárias do mundo, 40% dos presos hoje no Brasil são presos provisórios”*. Técio Lins, sustentando pelo

Instituto de Advogados Brasileiros disse, muito emocionado, que *“tenho fundadas esperanças que esse julgamento, mesmo que na fase cautelar, seja favorável para proteger a população, esta clientela anônima, do sistema de justiça criminal”*. O Advogado ainda, disse uma frase, que muito chamou atenção: *“não se pode querer exorcizar o fantasma da impunidade conjurando-se o demônio da injustiça.”* Após sua sustentação, o Advogado foi aplaudido de pé, o que jamais havia presenciado no plenário daquela Suprema Corte.

CONCLUSÃO

O objetivo dessa Monografia, sobretudo, foi analisar os diversos argumentos para demonstra primeiramente que os caminhos utilizados por cada Ministro são compatíveis com a legislação vigente sendo qualquer uma das hipóteses plausível de aplicação. Um outro objetivo foi ressaltar o caminho do embate que percorre uma decisão até que se conclua a verdade extraída, que como foi dito, tanto no discurso jurídico, como na poesia ou na religião, não possuem uma origem predeterminada, sendo o resultado de um jogo estratégico de oposições de sentidos, como é no caso, de um acórdão, sentença e todas decisões judiciais.

Ressalto a importância da compreensão do tema pois, havendo possibilidade de se adotar ambas as teses é preciso maior ponderação no sentido e finalidade que será atribuído a política criminal eleita: queremos punir mais custe o que custa ou queremos punir menos e atribuir ao direito penal uma finalidade mais condizente com o sentido utilitarista e minimalista, que preza pela menor intervenção possível e, além disso, preza pela finalidade preventiva especial da pena, vendo na pena (principalmente de encarceramento) algo que vai além do sentido de retribuir o mal causado para defender o corpo social daquele que comete crime. É de suma importância a compreensão sobre as razões que levaram aos Ministros a decidir e, principalmente, as consequências de cada decisão tomada.

Inicialmente, no primeiro capítulo, o trabalho abordou a história de Regreg, para despertar no leitor o que Geertz chama de sensibilidade jurídica. Crenças, convicções e outros fatores de dimensão cultural, devem ser observadas para análise de práticas sociais. Creio que o distanciamento da “nossa” Suprema Corte evidenciou, ao retornar, que apesar de acharmos o sistema jurídico dos balineses “primitivo”, ele tem muito para nos dizer sobre as ponderações de elementos metajurídicos nas investigações acadêmicas, seja na antropologia jurídica, seja na antropologia do direito.

Com a “Gaia Ciência” de Nietzsche, e principalmente a análise de Foucault sobre as verdades e formas jurídicas, podemos concluir que um discurso, um dizer, uma sentença ou um acórdão, são invenções que são utilizadas, na maioria das vezes, como instrumento pretense a afirmar a visão de mundo do decisão, de modo que, o

Direito pode até ser tornar universal enquanto lei, porém sua polarização à realidade dependerá das convicções, crenças e outros elementos culturais que levarão o interprete a decidir assim ou assado.

Assim, no segundo capítulo, passei a análise das idas e vindas utilizando a Metodologia de Análise de Decisão, que me permitiu um recorte dos trechos mais relevantes sobre a questão, para ter um resultado comparável. Os votos são emblemáticos. De certa forma acabei elegendo o Ministro Marco Aurélio como uma espécie de personagem principal da narrativa pois, além de ter participado de todos os enfrentamentos da Corte sobre a matéria, o Ministro se manteve coerente e, ao meu ver, sustenta a posição mais condizente com o que propõe a CF de 1988, em seu artigo 5º, LVII, pois, se ninguém pode ser considerando culpado antes do transito em julgado da sentença, o simples fato de recolher à prisão o réu, configura a mitigação do texto constitucional. Concordo que possa haver dúvida sobre a eficiência de um sistema que aguarda o transito em julgado para formar culpa, mas é inquestionável, no âmbito jurídico, o que significa transito em julgado, e ao meu ver, a discussão de certo modo evidencia uma “questão de fundo” sobre o momento em que ocorre o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Podemos assim concluir que a atuação nos últimos tempos do STF faz com que os juristas levantem questões como a segurança jurídica afetada na oscilação do tema, o ativismo jurídico como uma justificativa para a atuação “politizada” do Supremo Tribunal Federal. Depois de analisar os acórdãos que definiram a celeuma objeto de análise da presente monografia: A possibilidade ou não da execução provisória antes do transito em julgado da sentença penal condenatória transcende a barreira que o direito ou até mesmo a antropologia do direito é capaz de compreender, é preciso certo distanciamento e análise de evidências simbólicas para traduzir a compreensão daquela Suprema Corte em algo tangível e mensurável.

Podemos concluir, também, que a mera apreciação dos dispositivos legais não é capaz de solucionar a questão. Isso porque a Constituição preconiza pela garantia máxima de presunção de inocência durante a persecução penal, enquanto o código de processo penal diz que, muito embora tenha que haver decisão fundamentada para o

recolhimento à prisão, a prisão não pode ser obstada por via de recursos a Tribunais Superiores, quando há a sentença penal condenatória.

Quanto a mera apreciação legal⁴⁸, creio ser mais condizente com os avanços democráticos e garantistas, que inclusive tendem ao fim das penas de encarceramento, a tese que privilegia o texto constitucional e assegura ao réu até o fim do processo a garantia da presunção de inocência. Não que a outra tese, que defende a execução após confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição não afirme a presunção constitucional, mas me parece que os que os Ministros que defendem a hipótese de execução provisória acreditam que a presunção vai sendo reduzida, capitularmente, na medida em que a culpa do réu vai sendo confirmada. Em outras palavras, cumpridas determinadas etapas do processo penal a formação de culpa vai sendo formada de forma capitular, enquanto a presunção de inocência na mesma proporção vai sendo desconstruído, até que no fim do julgamento do apelo o réu perde completamente sua presunção de inocência.

Concordo que devem haver casos em que o réu é manifestamente culpado desde o início da persecução, mas nem isso, nem se preso em flagrante, a presunção de inocência pode ser afastada.

Mas passo para um ponto que me parece ser mais relevante. Como ficou demonstrado não há uma “verdade” apta a solucionar a questão. Por isso, creio que no caso da execução provisória, as decisões tomadas refletem expectativas dos juízes quanto a política a ser adotada.

Seria salutar recolher desde logo à prisão para somente em recurso especial ou recurso extraordinário reaver a situação de liberdade do réu? Por isso proponho que ao invés de um entendimento consolidado sobre a possibilidade ou não da execução, creio que a execução não deve se operar, via de regra, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Quero dizer, a regra que creio ser mais coerente é de que a execução se operar após o julgamento de todos os recursos possíveis que uma sentença penal condenatória possa enfrentar.

⁴⁸ Como foi dito ao contar o caso de Regreg talvez esse terrível relato de Geertz se assemelhe a descrição que Grant Gilmore em *“The age of american law”* fez do inferno: “um lugar onde só existia a lei e onde os processos legais eram seguidos meticulosamente”.

Entretanto, havendo “necessidade”, que no processo penal significa a fusão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a prisão poderá ser concretizada como já é praticado em nosso sistema nos casos de prisões cautelares, que se dividem entre preventiva e temporária, desde que haja fundamentação idônea para o decreto prisional.

Portanto, se demonstrado, após da sentença condenatória, que a parte ré interpõe recurso meramente protelatório⁴⁹, nesse caso talvez possa ser mitigada a presunção da inocência, mas ressalto que, a ponderação deve ser feita no caso concreto, e não de maneira generalizada. Digo generalizada pois o entendimento prevalece para todos os casos que, ao menos, a situação jurídica (e não fática) seja a mesma. Acho que (nós) juristas devemos repensar os mecanismos de aplicação generalizada de entendimentos e, fazer do precedente, um uso mais consciente e condizente com a matéria resolvida dessa forma.

Creio que a maneira generalizada, que via de regra é utilizada pelo Supremo tanto na edição dos seus enunciados vinculantes quanto na aplicação de teses em sede de controle difuso de constitucionalidade, talvez, seja o maior problema que visualizei na presente pesquisa. Via de regra o não enfrentamento aos fatos, a não ponderação de circunstâncias peculiares no caso concreto, criam um sistema quase que “irracional”, que se afasta das sensibilidades jurídicas em nome da eficiência quantitativa.

No caso da execução provisória, o enunciado generalizado, tanto sob o viés garantista ou sob o viés punitivista, não abarca todas as hipóteses de enfrentamento que uma possível execução provisória pode se operar. Quero dizer que todos entendimentos do Supremo sobre a execução provisória da pena, seja pela impossibilidade ou pela possibilidade, levam em conta somente a racionalização do texto normativo e da legislação ordinária, sem ponderar as circunstâncias específicas de cada caso concreto, ferindo assim o princípio da individualização (do momento de início da execução) da pena.

⁴⁹ O mecanismo, apesar de já existir, merece ser aprimorado pois na prática é muito difícil declarar um recurso meramente protelatório.

Apesar de concordar que é o Supremo Tribunal o guardião e interprete da Constituição de 1988, acredito que seria mais legítimo, além de viável, estabelecer a mudança do entendimento ou o alcance do princípio da inocência pela via legislativa por via de Emenda à constituição, como tentou o Congresso Nacional, apoiado pelo Ministro então presidente do STF, Cesar Peluso, na Proposta de Emenda à Constituição 15/2011 que ficou conhecida como a “PEC Peluso” ou dos “PEC dos recursos”, que versava justamente sobre o pronto principal do desentendimento. A PEC pretendia acabar com a profusão de recursos hoje existentes no sistema processual brasileiro e, ao mesmo tempo, tornar mais célere o trânsito em julgado das decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância, possibilitando com isso a antecipação da efetivação da sentença condenatória que, mesmo na pendência de recurso extraordinário ou especial, transitaria imediatamente em julgado e propiciaria de imediato a sua execução definitiva.

Passando para o aspecto cultural contido nos votos, concluímos que os Ministros que prezam pelo Direito Penal mínimo e uma política criminal mais garantista defendem a tese, com base no princípio da não culpabilidade, que antecipar a pena no processo penal viola direitos e garantias fundamentais. Já os Ministros que prezam pelo Direito Penal eficaz, que defende a sociedade dos criminosos e atribui a pena um certo utilitarismo ressaltado na retribuição e prevenção como reforço a lei e as instituições jurídicas, defendem a tese de que antecipar a pena no processo penal é condição para estabilidade e credibilidade do próprio sistema penal contra o sentimento de impunidade.

Conclui-se também, que a problemática está longe de um fim. Creio que isso deve ser em função de ambas as teses serem possíveis dentro do nosso ordenamento. O que dirá qual o entendimento será adotado, ao meu ver, transcende a lei. Digo isso pois pude perceber que as convicções, crenças e opiniões pessoais de cada Ministro, ou seja, os elementos culturais contidos nas visões de mundo de cada um dos onze juízes supremos, se preponderam ao que diz a lei, ou, em outras palavras, a interpretação sobre a matéria feita por cada um dos Ministros tem como plano de fundo as suas convicções pessoais.

Até o momento em que terminei de redigir a presente monografia o STF não havia concluído o julgamento das ADC's 43 e 44, e ao que tudo indica o entendimento emprestado à matéria pode, mais uma vez, ser alterado. Mas desta vez a via eleita para apreciar a matéria foi a do controle concentrado, o que indica, ao menos, que o resultado do julgamento que está por vir terá eficácia *erga omnes*, e possivelmente, independente do entendimento que será adotado, será um entendimento com maior grau de vinculação e consolidação.

Por fim, conclui-se que assim como no caso Regreg, o que as idas e vindas da execução provisória da pena no STF demonstram, principalmente, é “a maneira pela as quais as representações construcionais do se/então são traduzidas em representações diretivas do como/portanto, ou seja, dadas nossas crenças como devemos agir; ou, dados nossos atos, em que devemos acreditar” (GEERTZ, 2006, p. 270), em outras palavras: dadas as crenças dos Ministros como devem decidir ou, dado o modo como decidem, no que devem acreditar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. In: *Conclusões e teses*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2009, 4ª edição.

_____; *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Revista [Syn]thesis, volume 5, nº 1 de 2001, p. 23-32.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2ª edição.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. *Metodologia de Análise de Decisões*. In: *XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010*.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos*

em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 3ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. In: *Ministro Marco Aurélio: 25 anos no STF / Supremo Tribunal Federal*. — Brasília: STF, 2015.

MORO, Sergio Fernando. *Presunção de inocência e efeitos de recursos*. Santa Catarina: _____ 2006, _____ disponível _____ em: www.scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&lr=&q=deten%C3%A7%C3%A3o+artigo+direito&lr=

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência* Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PARVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro, 2011. Ed. Lumen Juris

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, cit., p. 713.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 6ª edição.

ZENKNER, Andrei Schmidt. *Hermenêutica na execução penal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 38, abril-junho de 2002. Ed. Revista dos Tribunais