

SEPARATA

REVISTA *Advocatus* JÚRIS

ISSN: 2357 7940

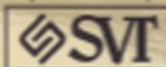
A CONSTITUIÇÃO ULTRAJADA

Parecer do Constitucionalista

José Afonso da Silva

ARTIGOS: Sergio Victor Tamer
Lenio Luiz Streck
Juliano Breda

EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO



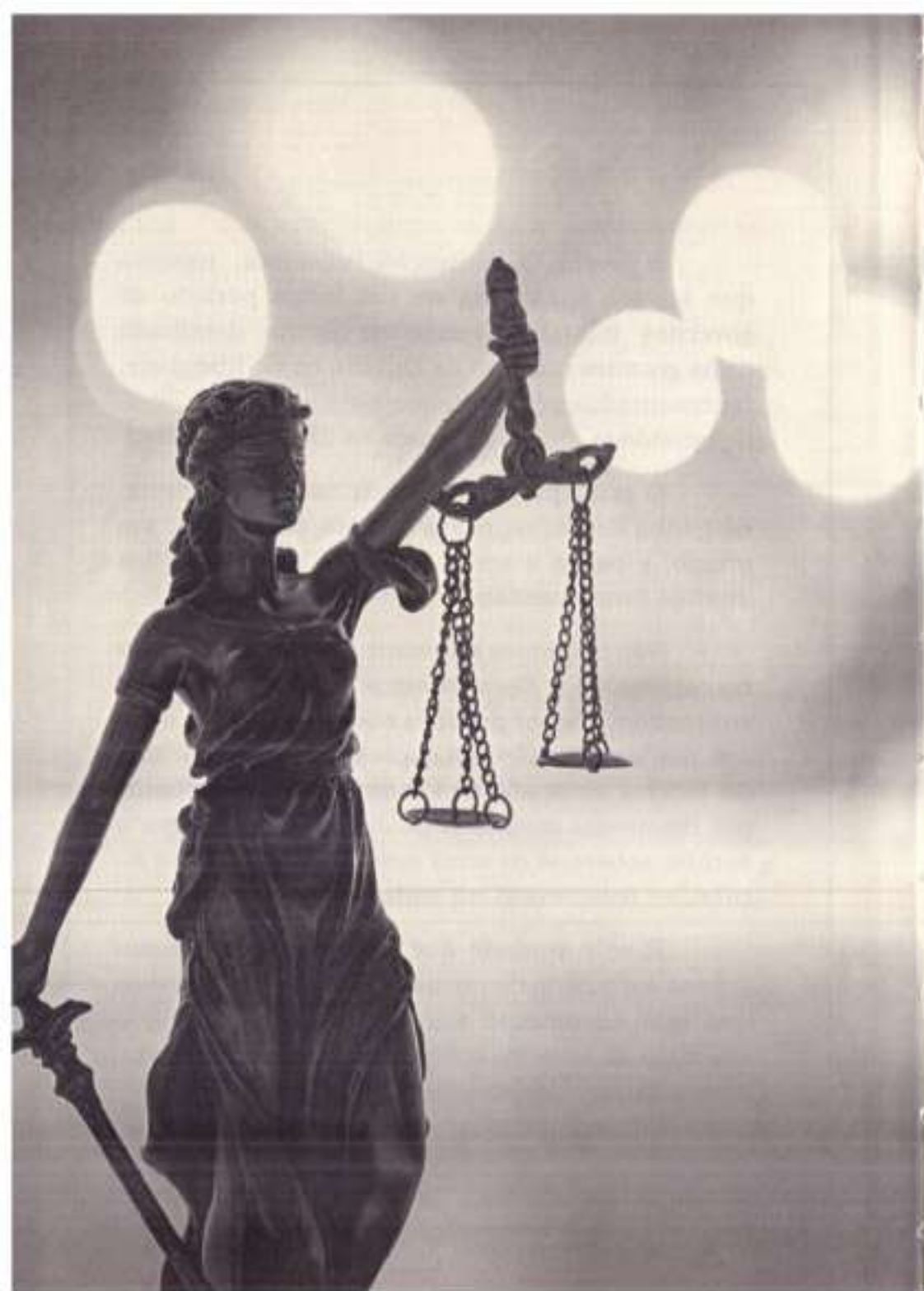
A jovem Constituição brasileira, nascida que foi sob o estigma de um longo período de governos militares, reúne de forma detalhada duas grandes famílias de Direito, os de liberdade, representados pelos direitos civis e políticos, e os de igualdade, onde se situam os direitos sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque, nesse cenário, como valor supremo, e passa a ser a fonte por excelência dos direitos fundamentais.

Não culpemos a Constituição de 1988 pelas transgressões e desvirtuamos a que ela tem se submetido, ora por práticas abusivas do Executivo ora por excesso de invocações principiológicas e de teorias estapafúrdias adotadas em profusão por eminentes membros do Judiciário a mitigar o caráter soberano de suas normas que, ao fim e ao cabo, se reescrevem em cada julgado.

E se é verdade que a Constituição democrática é a "união do povo com o Estado" deixemos que esse casamento seja duradouro, ainda que em meio às suas relações conflituosas, evitando, assim, tantas infidelidades constitucionais...

Nota dos editores



AS INCURSÕES DO JUDICIÁRIO NA ESFERA LEGISLATIVA

Por Sergio Victor Tamer

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, nos últimos meses, tomou algumas posições de acesa polêmica, ora ultrapassando a sempre tênue linha que demarca a separação dos poderes e os atos políticos-jurídicos que lhes são inerentes, ora mitigando garantias expressas no texto constitucional dentre as quais a da presunção de inocência, ao estatuir que esta não se configuraria, em si, como obstáculo à execução da pena enquanto pendente de apreciação os recursos especial e extraordinário.

Por seu turno, as prisões preventivas e as medidas cautelares em nome da ordem pública têm sido utilizadas aos borbotões, muitas vezes em nitido atropelo constitucional, mas invariavelmente acompanhadas de excitantes espetáculos midiáticos. O respeitável público, majoritariamente, gosta e aplaude.

Muitos debates acadêmicos e doutrinários que já ocorreram até aqui, tratando sobre essa temática, nos dão bem a dimensão do imbróglio jurídico-constitucional que se formou e que está a desafiar, sobretudo, a argúcia de juizes e advogados.

Não estamos falando – é bom que se ressalva de omissões legislativas, nem tampouco de normas programáticas que exigem o esforço criativo e constitutivo das decisões judiciais na direção das garantias e dos direitos fundamentais, sobretudo no campo dos direitos sociais, mas sim de decisões que fazem o caminho inverso, afrontando princípios constitucionais garantistas e que nem o “judicial activism” ousaria tanto!

Os exemplis são muitos e se repetem com frequência preocupante. Sob a égide da primeira Constituição republicana, Rui Barbosa dizia que “a Justiça não pode conhecer de casos que forem exclusiva e absolutamente políticos, mas a autoridade competente para definir quais os casos políticos e os não políticos é justamente essa Justiça suprema”. O constitucionalismo evoluiu e hoje todos os atos jurídico políticos sujeitam-se à Constituição e, por consequência, ao exame do Poder Judiciário, o qual tem o poder dever de velar pela constitucionalidade. Dessa forma, tem-se como premissa que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça, quando arguido de inconstitucional ou de lesivo a direito subjetivo de alguém. A questão, porém, ilustrada acima e que se critica nessa nova postura do STF está no seu ativismo “às avessas”, isto é, em uma interpretação enviesada da Constituição, quando o STF adentra no conteúdo do ato e valora seus motivos, sob o vago argumento de “interesse público”...

Ao STF compete examinar a legitimidade do ato no seu assento constitucional ou legal, ou seja, quando con-

traria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Não é o que vem ocorrendo a exemplo das bombásticas, midiáticas e discutidas decisões recentemente tomadas. Isso vale, também, para os demais tribunais de cúpula que seguem parâmetros semelhantes. Os poderes estão em crise e a contenção entre eles tem sido feita na base da “desobediência heroica”. Mas os ministros do STF não podem continuar a agir e decidir pelo “clamor das ruas” ou pela maciça campanha midiática contra ou a favor de determinado tema. Convicções pessoais não podem emprestar ao texto constitucional o alcance que ele não tem. A supremacia constitucional é que deverá prevalecer!

Por sua vez o modelo garantista de que nos fala Ferrajoli é uma ampliação do significado de “garantias” justamente no âmbito do direito penal. Ao surgir na cultura italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, o garantismo aparece associado à tradição clássica do pensamento penal liberal. É típico, pois, do iluminismo jurídico, da tutela do direito à vida, à integridade e à liberdade pessoal frente ao poder punitivo. Assim, garantismo e direito penal mínimo são termos sinônimos que expressam um modelo teórico e normativo de direito penal que intenta minimizar a violência da intervenção punitiva.

Dessa maneira, ao falar do fundamento democrático da legitimização do poder punitivo, Ferrajoli afirma que se o significado de “democracia” equivallesse à “vontade da maioria”, ficaria excluída toda possibilidade de fundar uma axiologia democrática e garantista do direito penal. Assim,

a legitimação do poder judicial não é “democrática” se a entendemos somente como vontade da maioria, pois o próprio Norberto Bobbio já se referiu ao tema dizendo que “a batalha pelo garantismo sempre foi uma batalha da minoria”. É nesse ponto que Ferrajoli afirma que “não se pode condenar ou absolver a um homem porque convém aos interesses ou à vontade da maioria. Nenhuma maioria, por esmagadora que seja, pode fazer legítima a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado”. É princípio assente, portanto, nas democracias, que o devido processo legal, como garantidor dos princípios constitucionais e processuais, é que torna justa e legítima a aplicação da pena ou a absolvição do réu, restando os demais procedimentos como típicos dos tribunais de exceção.

Dessa forma, a democracia que queremos no âmbito jurídico-político não é a democracia das majorias volúveis, mas a democracia constitucional, ou “de direito”, a qual faz referência não à maioria, senão “ao que” é o que não pode decidir nenhuma maioria, nem sequer por unanimidade, situação em que as constituições democráticas convencionaram subtrair à vontade da maioria, nomeadamente no campo dos direitos fundamentais. As garantias, incorporadas nas constituições, são como fontes de legitimação jurídica e política das concretas decisões no âmbito penal. Nesse ponto, apoiado no pensamento de Dworkin, o autor de “Democracia e garantismo” afirma que precisamente porque os direitos fundamentais e suas garantias são “direitos e garantias

frente à maioria”, também o poder judicial, a quem se encomenda sua tutela, deve ser um poder virtualmente “frente à maioria”.

A leitura do mestre italiano serve de reflexão, nestes tempos de vaidades exacerbadas e de busca de protagonismos midiáticos, onde medra a prática de um “punitivismo populista”, para que nossos juizes do STF não caiam na tentação de fazer uma espécie de “ativismo judicial às avessas”, pois, ao atropelar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, acabam por retirar perigosamente a legitimidade da jurisdição.

■ **Sergio Victor Tamer** é professor e advogado, presidente do CECGP, mestre e doutor em Direito Constitucional, e autor dos livros: “Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias”; “Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Poder Executivo no Brasil” (Fabris Editores, Porto Alegre); “Legitimidad Judicial en la Garantía de los Derechos Sociales” (Ed. Ratio Legis –ES).

AVISO AS NAVEGANTES...

O Parecer que iremos publicar nas páginas seguintes, de autoria do Eminentíssimo Professor José Afonso da Silva, não é, nem de longe, uma defesa da inocência do ex-Presidente Lula, assim como também não se faz qualquer menção ao mérito da sua condenação. O Parecer no entanto, é transcrito com um único objetivo: o de ressaltar as formalidades e os princípios democráticos da nossa Constituição que deveriam ter sido respeitados e preservados para manter a legitimidade das decisões.

Nesse sentido, o Parecer do Professor José Afonso da Silva, ao tomar como parâmetro o "caso Lula", é paradigmático, no sentido de que ele serve como referência pelos conceitos que estão ali contidos, e pela interpretação das normas constitucionais em consonância com a melhor exegese. Desta forma, e com tais objetivos é que trazemos para o estudo dos nossos alunos e leitores em geral o parecer transcrito a seguir.

PARECER

I

A CONSULTA E A QUESTÃO DE ORDEM

Prof. José Afonso da Silva

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA - LULA - Consultante, por seus advogados CRISTIANO ZANIN MARTINS, VALESKA TEXEIRA ZANIN MARTINS, JOSÉ PAULO SEPÚVEDA PERTENCE e JOSÉ ROBERTO BATOCHIO, hortando-me com o pedido de um parecer jurídico, narra, em síntese, que foi processado e condenado no âmbito da denominada "Operação Lava Jato". Dessa condenação imposta pelo juízo de primeira instância foi interposto recurso de apelação para o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no dia 11.09.2017, recurso esse que foi julgado em 24.1.2018, decidindo manter a condenação, aumentando, ainda, a reprimenda anteriormente imposta para doze anos e um mês de reclusão.

Também foi decidido no supracitado julgamento que, depois de esgotada a jurisdição daquela Corte Regional, deveria o Juízo de origem ser oficiado para dar imediato início à execução da pena privativa de liberdade, independentemente de serem interpostos ou não recursos aos Tribunais Superiores. A ordem foi fundamentada a partir da invocação do conteúdo da Súmula 122 daquele Tribunal¹ e do quanto decidido pelo Supremo Tribunal.

¹ Súmula 122/TRF4: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário".

Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292,² na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44³ e no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, em regime de repercussão Geral.⁴

Considerando o iminente constrangimento indevido à liberdade de locomoção de LULA, foi impetrado *Habeas Corpus* preventivo em seu favor perante o Superior Tribunal de Justiça⁵, que, no entanto, foi denegado.

Frente a esta negativa, impetrou-se, em 02.02.2018, *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Argumentou-se precipuamente que o entendimento firmado pela Excelsa Corte no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP é incompatível com a garantia da presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, LVII, do texto constitucional.

Invocou-se, ainda, que o referido precedente não se aplicaria ao caso concreto, vez que (a) a ordem de execução provisória da pena estaria despida de fundamentação idônea, pois se limitou a citar entendimento sumular do Tribunal Regional e a reproduzir os precedentes firmados pelo STF sobre a matéria; (b) teria havido violação ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*, visto que a determinação se deu *ex officio*, sem pleito anterior do Ministério Público Federal, e (c) a medida, ante as circunstâncias concretas da causa, seria desnecessária.

O processo foi autuado como *Habeas Corpus* nº 152.752 e distribuído ao eminente Ministro Edson Fachin, que, em 09.02.2018, indeferiu o pedido liminar, afirmando que pleito encontraria óbice na Súmula 691/STF.⁶ Afirmou-se que, em sede cautelar, não seria possível a superação

2 STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016.

3 Medida Cautelar na ADC 43 e ADC 44, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 05.10.2016.

4 STF, ARE 964.246-RG/SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, repercussão Geral reconhecida em 11.11.2016.

5 STJ, HC 434.766, Relator: Ministro Felix Fischer.

6 "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar"

da Súmula, por não se estar diante de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal ou de flagrante hipótese de constrangimento. Por fim, remeteu o processo para julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que existe "*relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após a condenação assentada em segundo grau de jurisdição.*"

A Consulta relata outras circunstâncias que, por ora, não é necessário transcrever aqui. Enfim, diante dessa controvérsia, enumera os quesitos que submete à minha consideração para que seja elaborado parecer: Tais são:

-1. QUAL A EXTENSÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTIDA NO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO?

-2. A TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 126,292/SP, QUAL SEJA, "[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". É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO?

-3. O TRIBUNAL REGIONAL DA 43 REGIÃO DETERMINOU, NOS AUTOS DA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, QUE O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA A LULA DEVERÁ OCORRER IMEDIATAMENTE APÓS O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DAQUELA CORTE, E NÃO A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO-CRIME. ESTA DETERMINAÇÃO É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

-4. A ORDEM DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE LULA, TENDO SIDO DECRETADA DE OFÍCIO, LIMITANDO-SE A MENCIONAR ENTENDIMENTOS SUMULARES E PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E SENDO A MESMA, ANTE OS ELEMENTOS CONCRETOS DA CAUSA, DESNECESSÁRIA, É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

- 5. O CONTEXTO FÁTICO APRESENTADO NO HABEAS CORPUS Nº 152.752/PR - REVELANDO IMINENTE POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA DE LULA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SUA CONDENAÇÃO CRIMINAL - CONSTITUI HIPÓTESE DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SUMULA 691/STF?

...

A resposta sintética a esses quesitos requer prévio estudo da presunção de inocência no constitucionalismo geral, sua doutrina no constitucionalismo brasileiro, a análise do conteúdo do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, sua extensão, eventuais limites, sua correlação com outras garantias e princípios constitucionais; a análise da jurisprudência que o tenha dado algum sentido para ver se sua formulação está compatível com aquele dispositivo constitucional, e temas correlatos que conduzam à melhor compreensão da questão. Antes, porém, de abordar essa temática, parece-me imprescindível abrir uma questão de ordem de natureza subjetiva.

...

1. Questão de ordem pessoal

1. Não é usual abrir-se questão de ordem pessoal em pareceres que o parecerista oferece a seus consulentes. Neste caso, contudo, isso se me impõe para afastar do âmbito deste parecer qualquer conotação política. Não sou eleitor do consulente⁷ nem de seu partido. O consulente aqui é, por assim dizer, um instrumento pelo qual exerço um dever impostergável, qual seja: a *defesa da Constituição* em face de um julgado de guarda, missão conferida pelo art. 102, caput da CF, no qual o "*precipua-mente*" tem especial força normativa. Além de conferir ao Tribunal sua caracterização de Corte Constitucional, não admite desvios por quaisquer considerações de outra natureza que não seja a estrita obediência à sua dicção formal explícita. Nesse caso, seria possível mesmo afirmar que o guarda é um escravo da Constituição.

⁷ Para afastar qualquer questionamento, informo que votei em LULA uma vez apenas, porque o partido a que eu estava filiado (PSDB) decidiu, aliás com meu voto no diretório, apoiá-lo contra o C candidato Fernando Collor de Mello. Não sou mais filiado a nenhum partido político.

2. Acima afirmei que tenho “o dever impostergável” de defender a Constituição, e essa afirmativa decorre do fato de que trabalhei muito, me empenhei para além mesmo de minhas forças, para que ela fosse uma Constituição essencialmente voltada para a garantia da realização efetiva dos direitos humanos fundamentais, confiante em que os Tribunais, especialmente o Tribunal incumbido de sua guarda, soubessem interpretar a formulação normativa desses direitos, segundo a concepção de que seu entendimento há de ser sempre expansivo e nunca restritivo.

3. Disse também que o consulente é o instrumento pelo qual posso exercer aquele dever. E o consulente, por seu lado, solicitou-me este parecer na busca de um meio de exercer o seu direito fundamental à “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). E isso lhe dá legitimidade para provocar um parecer em defesa de seus direitos e também em defesa da Constituição porque, embora esta defesa seja objetiva e de interesse geral, o resultado pretendido o beneficia. Se o parecer visa a defesa da Constituição, o consulente nada tem a pagar por ele (*parecer pro bono*). A defesa da Constituição não tem preço.

4. Tratando-se, pois, de uma questão constitucional de repercussão geral, significa que não é uma questão menor, de sorte que o Tribunal não se apequena revendo-a nos ditames da Constituição. De fato, a presunção de inocência integra o constitucionalismo, desde sua implantação no Séc. XVIII, como sistema de limite ao poder e, especificamente, como limite ao poder de imposição de penas do juiz. Como veremos, em seguida, originou-se das mesmas fontes políticas, sociológicas e filosóficas que fundamentaram a formação da jurisdição penal autónoma e independente, contemporânea, assim, do surgimento do direito penal garantístico.

II O Acórdão do HC 126.292/SP

1. Improcedência de seus fundamentos

5. As decisões dos Tribunais são formadas pelo conjunto dos votos individuais de seus integrantes. Mas, uma vez, formada a decisão definitiva, em cada caso, as manifestações individuais se expressam no Acórdão, que é a expressão formal do julgado, adquirindo, assim, a unidade do julgamento. Então, a forma referencial não é mais a dos votos individuais, mas, metaforicamente, do Tribunal, referindo-se ao órgão emissor da decisão, ou o Julgado, mencionando-se o conteúdo da decisão, ou o Acórdão, referindo-se à sua expressão formal, como vou fazer daqui por diante.

6. A questão que nos ocupa neste parecer consiste na compreensão do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, que, consagrando o princípio presunção da não-culpabilidade, % dito também princípio da presunção de inocência, estabelece:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Apesar dessa forma negativa universal “ninguém”, o Acórdão do HC 126.292/SP dispôs que “[a] execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Para tanto, o Acórdão lançou mão de fundamentos, teses, argumentos e fatores, equivocados e improcedentes, e para demonstrá-lo vou

apreciá-los na ordem em que aparecem no julgado, com base no seguinte roteiro:

1. *O direito estrangeiro.*
2. *Busca de um necessário equilíbrio.*
3. *Apego à literalidade - a regra não tem caráter absoluto.*
4. *Estrutura dos recursos.*
5. *"Uma deformação eloquente".*
6. *Cisão entre "culpa" e "condenação".*
7. *"Ocorrência de mutação constitucional".*
8. *"A presunção de inocência é princípio, não regra".*
9. *Síntese conclusiva*

II.1. O direito estrangeiro

7. Logo de início, o Acórdão (fls. 9) recorre ao direito estrangeiro na busca de base para a teoria de que a presunção de inocência não impede a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Para tanto, lembra um trecho de voto da então Ministra Ellen Gracie segundo o qual "em país nenhum do mundo, a execução de uma condenação fica suspensa por recurso a instância superior", e mostra-o citando a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá, a Alemanha, que não têm norma constitucional garantindo o princípio da presunção de inocência. Por isso o voto menciona apenas regras do direito processual penal.

Depois: França, Espanha e Portugal, cujas constituições têm dispositivos prevendo o princípio da presunção de inocência, mas só a Constituição portuguesa tem dispositivo igual ao da nossa.⁸

8 Advirto que a cópia do Acórdão HC 126.292/SP, obtida no portal do STF, não veio paginação que utilizo aqui foi estabelecida por mim e pode não coincidir com outras.

8. Quero afirmar aqui, peremptoriamente, que não é razoável, nem justo, argumentar desse modo, trazendo à colação direito estrangeiro tão diferente do nosso. Não se comparam direitos ou instituições jurídicas diferentes, porque, "seja na micro ou na macrocomparação, a escolha do objeto a comparar há de fundamentar-se em critérios racionais, pois envolve a ideia da *comparabilidade*... [que é] um pressuposto básico da comparação jurídico-constitucional, porque sem ela não tem cabimento".⁹ Não se comparam objetos incomparáveis.

9. Em suma, o dito da Ministra acolhido pelo Acórdão se responde que, *em país algum do mundo*, salvo Portugal, há uma regra constitucional protegendo o princípio da presunção de inocência como existe no Brasil. E, no caso de Portugal, o que fez o voto da Ministra seguido pelo Acórdão? Diz que "[o] Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo." A leitura do art. 32, 2, da Constituição portuguesa mostra que isso não é assim, porque o dispositivo é plenamente aplicável e não remete a nenhuma legislação posterior. Quanto a dizer que o TC português interpreta o princípio com restrição, não é o que dizem Gomes Canotilho e Vital Moreira no comentário a esse dispositivo.¹⁰

II.2. Busca de um necessário equilíbrio

10. O Acórdão (fls. 6) chama o princípio da presunção de inocência de "verdadeiro postulado civilizatório" (cf. n. 5), mas o que faz é construir uma teoria para desconstituir e destruir esse "postulado civilizatório", chegando para tanto até à inversão do sentido da norma consubstanciada

9 Cf. José Afonso da Silva, "Um pouco de Direito Constitucional Comparado", São Paulo, Malheiros, 2009, pp.39 e 40.

10 Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 203, n. IV.

no inc. LVII do art. 5º da Constituição, admitindo que *a sentença de primeiro grau supera a presunção de inocência por um julgo de culpabilidade* (item 5 do voto).

11. A premissa dessa teoria está na postulação da “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça penal” (fls. 11). Então, recorre a uma velha jurisprudência a partir do julgado do HC 68.726, de relatoria do Min. Néri da Silveira, sem levar em conta que todos ficaram superados com a decisão do HC 84.078, de relatoria do Min. Eros Grau.

Opondo-se a esse julgado o Acórdão constrói uma teoria para destruí-lo e, pois, na medida em que ele aplica rigorosamente o disposto no inc. LVII do art. 5º da Constituição com arrimo, além do mais, no postulado da *dignidade da pessoa humana*, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição, o mesmo é, portanto, destruir esses princípios e valores dos direitos fundamentais insculpidos na nossa Lei Maior.

12. O Acórdão apega-se a um argumento recorrente, qual seja o de que “com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”. Que seja, mas o inc. LVII do art. 5º da Constituição deu outro rumo, exigindo que, apesar disso, não haja precluído o direito de recorrer, e enquanto essas vias não se esgotarem pelo trânsito em julgado não se pode executar a pena. Há uma norma constitucional que exige respeito, sob pena de inconstitucionalidade, que o guardião da Constituição não pode cometer! É preciso que se reconheça que a Constituição estabeleceu um limite expresso para o princípio da presunção de inocência que é o *trânsito em julgado da sentença*

condenatória. Isso supera qualquer argumento fundado no efeito não suspensivo dos recursos cabíveis. Supera também os argumentos das Súmulas 716 e 717 sobre a progressão da pena, que, além de ser outro tema, não se impõem à norma do inc. LVII do art. 5º da CF.

13. Fora disso, com a devida vênia, não vale nada argumentos referentes a jurisdição penal que deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça penal.

II.3. Apego à literalidade - a regra não tem caráter absoluto

14. O Acórdão, em algum momento (fls. 15), traz à colação manifestação do Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, Robert Jackson: “Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”. Por isso mesmo, como guardião da Constituição, essa última palavra não pode ser contra ela, porque isso significa exatamente desconstituir a função do guardião. E porque também contradiz outra passagem do Acórdão: “Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem constitucional” (fls. 16). Mas como tutelar “ordem constitucional” desrespeitando norma expressa como a do inc. LVII do art. 5º da Constituição? Será interpretar com “apego à literalidade” aplicar o dispositivo, eliminando de sua expressão formal, um dos institutos mais respeitáveis do direito processual que está na base mesma do alcance do princípio da inocência, qual seja a cláusula “até o trânsito em julgado”?

15. Diz o Acórdão que “não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto”. Mas ela é de caráter absoluto, sim, no sentido de que existe *não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis* que pretendam modificar ou conceituar, conforme diz Pontes de Miranda. Portanto, a regra do inc. LVII do art. 5º é, sim, *absoluta*, no sentido de que vale por si, não conforme a lei.¹¹ Ou, por outra, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite lei modificativa, nem mesmo pode ser alterado pelo poder constituinte derivado, nem, pois, com maior razão, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional.

16. Está certo o Acórdão (fls. 16) quando diz que “é indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade [...] em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo”. Mas quais essas “outras normas”, as que intrínseca e ontologicamente estão fora do contexto daquela, como o da duração do processo, o da soberania dos veredictos, o “arcabouço recursal”, o entendimento (não norma) de que a “estrutura recursal” prevista nos artigos 102 e 105, não é para revisar “injustiça do caso concreto”?

Não, com certeza não. Os princípios e normas com que se harmoniza o princípio da presunção de inocência, são, em primeiro lugar, os do § 1º do art. 5º, segundo o qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; depois, as garantias penais do *nulla poena sine culpa*, “não há pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX: importante, porque a execução provisória ou adiantamento da pena, no caso, é aplicar verdadeira pena sem cominação legal), “não

11 Cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, pp. 618-619.

há crime sem lei anterior que o defina” (art. 5º, XXXIX), o princípio do devido processo legal (inc. LIV), o “direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV: aí está, a presunção de inocência é um desses meios e recursos a ela inerentes, entrando aí “recurso”, no sentido mais amplo, incluindo o recurso extraordinário e o especial, em liberdade).

II.4. “Estrutura recursal”

17. É recorrente (p. ex., fls. 12-14, 15-19), no Acórdão, o apelo a fatores circunstanciais, como o sistema de recurso¹², o “arcabouço recursal”, “a duração do processo” para sustentar a conveniência de execução provisória da pena, dizendo: “o princípio da presunção - a ponto de negar a executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários - tem permitido e incentivado, em boa medida, indevida e sucessiva interposição de recursos”. Se o Acórdão, nesse passo, tem razão quanto aos fatos, não a tem quanto às suas causas. Com todas as vênias dos prolores do Acórdão, a afirmativa não é correta. Para comprová-lo, basta lembrar que o fenômeno ocorre igualmente no processo civil, no qual a executividade provisória das sentenças condenatórias é ampla, e nem por isso tolheu o fenômeno. Mas concedamos que o julgado tenha razão, o defeito não se corrige suprimindo direitos fundamentais da pessoa humana, mas pela reformulação do sistema de recursos.

12 Sistema lembra uma passagem de Blackstone, transcrito por Vanderbilt na tradução espanhola: “Nuestro sistema de apelaciones se asemeja a um antiguo Castillo gótico, erigido em tempos de la caballeria, pero adecuado a lo habitantes modernos. Sus bastiones rodeados de fosos, las torres almejandas y los salones adornados con trofeos son venerables y magníficos, pero inútiles...” (Cf. *La Justicia Emplazada a Reformarse*, Buenos Aires Depalma, 1959, p. 41, trad. de Carlos Alberto Benites y Javier Claveli Borrás da obra *The Challenge to the Law Reform*, New Jersey, Princeton University Press, 1955.

18. Lamentavelmente nenhum dos Ministros que votaram contra a inteireza do princípio da presunção de inocência apresentou qualquer sugestão no sentido de modificar o sistema de recursos e no sentido de buscar meios de acelerar os julgamentos criminais, muitas vezes deixando os réus mofoando nas enxovias. Sem providenciar meios de sanar o mal pela raiz, quer fazê-lo pela rama, tolhendo direitos fundamentais.

19. Nem uma palavra sobre a necessidade de uma profunda reforma do judiciário, que favoreça a celeridade processual, como, por exemplo, uma possível criação de um Superior Tribunal Administrativo, para decidir, em definitivo, como poder judiciário não como contencioso administrativo, as causas administrativas de interesse do Poder Público, ainda que admitido recurso extraordinário em função do controle de constitucionalidade. Uma reforma que descentralize a justiça estadual, justiça de mérito, criando Tribunal de Apelação ou que nome tenha, nas regiões administrativas dos Estados, enquanto os Tribunais de Justiças ficariam como tribunal de coordenação e harmonização etc. Não o faz porque isso significaria reduzir poderes de certos órgãos judiciais, inclusive do STF.

11.5. "Uma deformação eloquente"

20. A certa altura, o Acórdão (fls. 46) afirma que a norma que consubstancia a não culpabilidade "é uma deformação eloquente" do constituinte. Como constitucionalista fico muito pesaroso senão triste ao ler isso num julgado do STF a respeito de uma norma que alberga um direito fundamental. E é estranho porque, em seguida, ele diz uma coisa certa: "A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada" (fls. 46); é certo, mas segundo o inc. LVII do art. 5º da

Constituição, uma pessoa só é considerada culpada depois que a sentença condenatória transita em julgado. No entanto, afrontando a literalidade e o espírito do dispositivo, diz o Acórdão que há não necessidade do trânsito em julgado; para tanto, se apoia no dispositivo pertinente da Declaração Universal dos Direitos Humanos; ora, o dispositivo da Declaração é uma norma aberta porque vale para todos os Estados subscritores que, respeitando seu conteúdo essencial, a preenche com as particularidades do seu direito constitucional. Foi o que fez a Constituição brasileira, exigindo o *trânsito em julgado*.

21. Pode-se criticar o texto, pode-se condená-lo, mas um texto de uma Constituição rígida tem que ser respeitado, principalmente pela instituição incumbida de guardá-lo e garantir sua eficácia e aplicabilidade na sua inteireza.

22. O fundamento pragmático do julgado é de que o que está previsto "efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência". Com a devida vênia, não sei como se aferiu essa expectativa, parece que sequer se fez alguma pesquisa de opinião a respeito, mas, seja como for, é preciso dizer enfaticamente que a "expectativa da sociedade brasileira" foi traduzida nas normas da Constituição de 1988, e ela, fora daí, qualquer que seja, por mais legítima que seja, não é norma supra constitucional para derogar prescrições da Constituição.

23. Todo o argumento que se desenvolve sobre o trânsito em julgado e a natureza dos recursos dirigidos ao STF e ao STJ, e sobre a imutabilidade da matéria de fato, é muito ponderável, mas tudo isso se subordina a uma norma dotada de supremacia que tem que ser acatada.

II.6. Cisão entre “culpa” e “condenação”

24. O Acórdão (fls. 48-49) “interpreta a Constituição o sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado”. Com essa diferença diz-se à frente: “Então, as consequências eventuais com trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento da pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”; diga-se, em documentos internacionais que não envolvem, na consideração da norma, a exigência do trânsito em julgado. Essa exigência da Constituição é que faz a diferença.

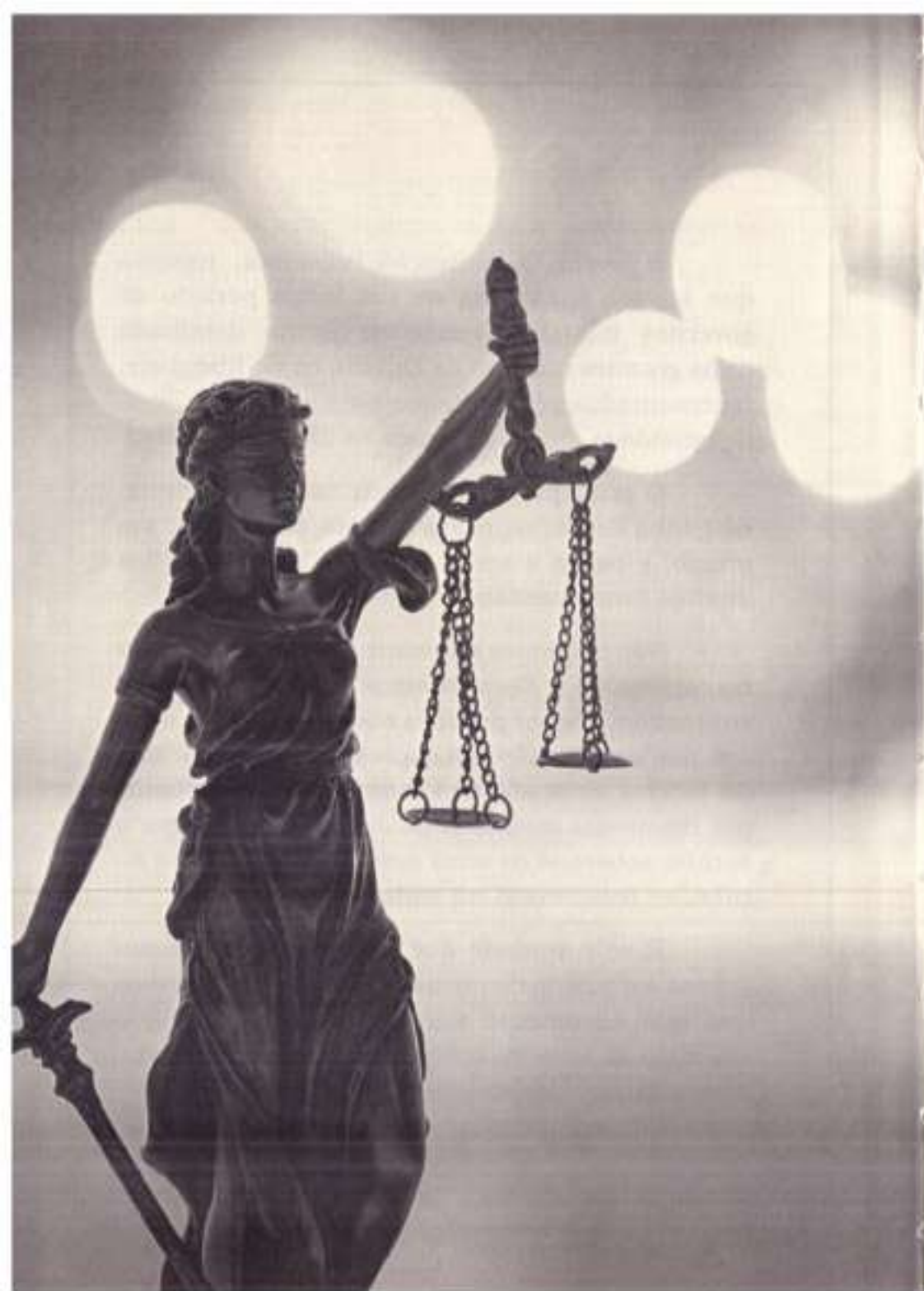
25. Não nego que a cisão proposta é uma novidade que nos leva a refletir, reflexão não de direito constitucional, mas, como se trata de culpabilidade, condenação e pena, uma reflexão de direito penal sobre a teoria do crime como ação típica, antijurídica e culpável, que são os elementos da estrutura conceitual do crime. Então, quando a afirmativa em apreço faz uma cisão entre culpabilidade e condenação, é necessário recorrer a esses elementos para verificar se isso é possível. Para os fins deste parecer, posso deixar de lado a tipicidade e a antijuridicidade, para me ater apenas na culpabilidade que é o conceito que está em jogo na análise do inc. LVII do art. 5º da CF. A culpabilidade é, assim, um elemento da estrutura conceitual do crime, é uma situação anterior, fase subjetiva, que se forma com a imputabilidade, a culpabilidade e responsabilidade penal.¹³ Sem culpabilidade não há crime e, pois, nem condenação legítima. Logo, a culpabilidade é pressuposto da condenação. E assim esta está intrinsecamente dependente daquela. Se não existe a culpabilidade, conseqüentemente não pode existir a condenação e, menos ainda, a aplicação de pena. A prisão é

13 Cf. Anibal Bruno, *Direito Penal*, vol. I, tomo 2º, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 23s

uma pena, que, portanto, não pode existir enquanto não for apurada a culpabilidade. Então, se o inc. LVII do art. 5º diz que não será considerado culpado quem estiver na situação nele prevista, ou seja, “até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, não se vê como para fins penais, pelo menos, falar em condenação para os fins de aplicação da pena, provisória ou definitivamente. Se a condenação vale para as consequências na esfera do Direito Civil, como quer o Acórdão na passagem, em análise, não me cabe verificar nesta sede.

Em mais de um momento o Acórdão recorda o caso do *Habeas Corpus* 84.078 que estabeleceu a orientação no sentido da necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença. Na verdade, ali se aplicou a norma constitucional da presunção de inocência tal qual nela se contém. Ali na verdade se disse muito mais do que isso, afirmou-se peremptoriamente que *a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal*. Por isso, vale a pena apresentar aqui pelo menos a Ementa desse julgado, quando nada, para conhecimento geral, ei-la:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 50, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 50, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Dai que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.



26. Lembrou-se do voto do Ministro Cezar Peluso, que ressaltava "a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presente os requisitos de prisão preventiva". Não obstante isso, o Ministro Peluso votou com o relator que concedia a ordem contra a prisão. Veja-se que ali já se apontava uma das razões da mudança posterior a questão dos recursos etc.: A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. Mas, em resposta a isso, ali também firmou uma condicionante: A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

27. Note-se também que, naquela oportunidade, cinco dos atuais ministros do STF estavam presentes, e quatro deles votaram contra a prisão antes do trânsito em julgado: os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e também o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes.

11.7. "Ocorrência de mutação constitucional"

28. O Acórdão, além de fatores circunstâncias, estranhos à norma de previsão da presunção de não-culpabilidade, tais como expansão de recursos, protelação da causa, expectativas da sociedade, também se esteia em alguns conceitos extraídos basicamente de Konrad Hesse e de Robert Alexy com a pretensão de mostrar a legitimidade da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

29. O Acórdão (fls. 23s) constrói uma mutação constitucional muito a propósito do fim visado, fundamentando-se em Konrad Hesse. Parte de um conceito correto de mutação constitucional como mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição. Até aí nada obsta. Mas já não é aceitável a elasticidade com que aplica a mutação constitucional "por via da interpretação", que "consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente". *Na verdade, isso não é mutação constitucional, mas mudança da interpretação da norma.* E prossegue: "Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada". *Aqui também: pura interpretação, não mutação.* "No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente." *Sente-se que o Acórdão vai adequando sua doutrina da mutação às oscilações do Supremo sobre a presunção de inocência.* "A mutação constitucional em razão de nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo".

30. Aí o Acórdão passa aplicar a teoria à realidade. "Na matéria aqui versada, 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. Já agora encaminhando-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira orientação".

Neste contexto, invoca-se a lição de Konrad Hesse, mas este não sufraga a doutrina do Acórdão. Ao contrário, como interpretação, ele se pro-

III

Afirmação positivada presunção de inocência

1. Introdução

38. Daqui por diante examinarei o princípio da presunção de inocência na sua estrutura, sua natureza, seu conteúdo, seus limites e alcance, porque dele não se pode haver execuções provisória da pena.

Antes, porém, assinalarei sua presença no direito estrangeiro para mostrar que, salvo a Constituição portuguesa, nada tem a ver com o nosso sistema de proteção à presunção de inocência. Igualmente assinalarei sua presença no constitucionalismo brasileiro e a compreensão que dele tem feito a doutrina pátria.

2. A garantia da presunção de inocência no constitucionalismo geral

39. A garantia da presunção de inocência integra o constitucionalismo geral desde as primeiras declarações dos direitos fundamentais, mas não me ocuparei do exame dela no direito estrangeiro, pois que as constituições usualmente citadas, Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha etc. ou não têm artigo sobre a questão ou, quando têm, não falam em trânsito em julgado.

40. Só o art. 32, 2, da Constituição Portuguesa, é semelhante ao de nossa Constituição, ao dispor: *todo arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*. É, como se vê, um dispositivo constitucional português muito parecido com o nosso art. 5º, LVII, com a diferença formal de que o nosso se refere à não-culpabilidade, enquanto este expressamente menciona a presunção de inocência, que dá na mesma. Por isso as lições que Gomes Canotilho e Vital Moreira nos dão,

ao comentá-lo, valem muito para a boa compreensão do princípio. "O princípio da presunção de inocência surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*. Além de ser uma garantia subjetiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os fatos decisivos para a solução da causa".²²

41. A presunção de inocência é também garantida pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, art. XI, 1:

"Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido prova da acordo com a lei".

Pois bem, no Brasil, a culpabilidade somente se considera provada, de acordo com a lei constitucional, com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto é contrário à Constituição e à Declaração Universal dos Direitos Humanos a prisão antes do trânsito em julgado, porque isso inverte o ditame constitucional, o sentido da norma, convertendo, antes do pressuposto trânsito em julgado, a presunção de não culpabilidade em presunção de culpabilidade. Aliás, há mesmo uma passagem no julgado do Supremo que diz expressamente que a condenação pelo juiz de primeiro grau converte a presunção de inocência em presunção de culpabilidade! Assim, se reescreve, invertendo, uma norma constitucional (art. 5º, LVII) que sequer pode ser modificada pelo processo de emenda constitucional (art. 60, §4º, IV).

3. A presunção de inocência no constitucionalismo brasileiro

42. Hoje, como tenho dito, presunção de inocência é expressamente estabelecida no art. 5º, LVII, da Constituição. Seu conteúdo e alcance têm

22 Cf. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1993, p. 203, n. IV, comentário ao art. 32.

sido vistos desde o início do parecer. Pinto Ferreira o comenta muito sinteticamente, mas expressa uma opinião importante no sentido de que "é o coroamento do devido processo legal no domínio do processo penal".²³

43. Cretella Júnior liga-o a princípio *Nulla poena sine culpa*, acrescentando que em nenhum caso haverá presunção de culpa, o que, em suma, quer dizer que a culpabilidade tem que ser devidamente definida, e isso segundo a Constituição só se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que, por sua vez, significa que a determinação de prisão do imputado antes da verificação desse pressuposto infringe a norma constitucional.²⁴

44. Manoel Gonçalves Ferreira Filho também faz um comentário sintético, mas expressivo:

"Inocência presumida. Explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva".²⁵

A expressividade desse texto para o caso deste parecer está no fato de que dele se extrai também que o princípio impede a pretendida execução provisória da sentença penal não transitada em julgado.

45. Celso Bastos dá lições importantes sobre o tema. Aqui só queremos destacar o primeiro parágrafo de seus comentários, porque vincula a presunção de inocência ao Estado de Direito e à democracia:

"A presunção de inocência é uma constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido limi-

23 Cf. Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 182.

24 Cf. Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro, FU, 1988, p. 436.

25 Cf. Comentários à Constituição de 1988, 3ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 68.

narmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário".²⁶ E, no sistema brasileiro, a prova em contrário é o trânsito em julgado da sentença condenatória, temos que repetir sempre isso.

46. Alexandre de Moraes nos dá ensinamentos importantes sobre o tema, quando diz que a presunção de inocência é "um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal". Dessa forma, afirma em seguida, "há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal".

"O princípio a presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentada pela acusação (contraditório)".²⁷

3. Natureza da presunção de inocência

47. Temos vistos ao longo destas páginas que a presunção de inocência é qualificada ora como direito, ora como garantia, ora princípio. Trata-se de definir sua natureza jurídica, o que não é difícil. TOP

26 Cf. "Comentário ao inc. LVII do art. 5º da Constituição", em Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 277.

27 Cf. Constituição do Brasil Interpretada, São Paulo, Atlas, 2002, p. 385.

48. Podemos afirmar que é uma *garantia* de direito; qual o direito que ela garante? A resposta é: *o direito de liberdade pessoal, liberdade de ir e vir*, porque impede a prisão do acusado, enquanto perdure. Mas é também um *direito* na medida em que toda garantia se inclui entre os direitos fundamentais. E é *princípio* porque tem densidade valorativa elevada que é fundamento de algo, que confere validade, porque é fundamento do direito processual penal.²⁸ Princípio, pois, por ser mandamento nuclear de um sistema (Celso Antônio Bandeira de Mello), aqui do sistema de persecução penal, não por ser mandamento de otimização, como algo que pode ser realizado em medidas diversas diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

4. Fundamento do princípio da presunção de inocência

49. Seu fundamento constitucional é o já muitas vezes citado inc. LVII do art. 5º da Constituição de 1988, quando estatui que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Mas esse é o fundamento jurídico, o fundamento do direito posto. Mas qual o fundamento que justifica que o direito constitucional acolha o princípio como direito fundamental?

50. Trata-se do fundamento *ético* que repousa "na convicção ética de que a condenação de um inocente é pior do que a absolvição de um culpado", ao contrário do que vem acontecendo entre nós, e é essa convicção ética que converte a presunção de inocência em direito fundamental constitucionalmente protegido.²⁹ Isso, por um lado, impõe a concepção de um direito penal garantístico, repugnante do direito penal de guerra.

28 Cf. José Afonso da Silva, Teoria do Conhecimento Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 604s.

29 Cf. Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 93 ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 518.

5. Função e conteúdo do princípio da presunção de inocência

51. A norma que consubstancia a presunção de inocência é muito simples, não há mal em repeti-la, embora todos a saibam de cor:

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória" (CF, art. 5º, LVII).

52. Recorra-se a magistério de Alexandre de Moraes, além da transcrição já feita, que se tem a síntese do relevante significado do princípio, de seu conteúdo, de sua função, *in verbis*:

"O direito de ser presumido inocente, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, possui quatro básicas funções:

- limitação à atividade legislativa;
- critério condicionador das interpretações das normas vigentes;
- critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente);
- obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador".

"Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo a prova".³⁰

53. Dessas funções interessa mais a este parecer o segundo: "critério condicionador das interpretações das normas vigentes", porque o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 126.292, deu ao inc. LVII do art. 5º da Constituição, uma interpretação incompatível com sua natureza de princípio de direito fundamental.

³⁰ Cf. ob. cit., p. 385.

6. Execução provisória da sentença condenatória.

54. Disse acima que, se o Supremo não contesta expressamente a previsão de trânsito em julgado como limite da presunção de inocência, o faz indiretamente quando admite a prisão do acusado após a condenação de segunda instância. Fere o princípio da presunção de inocência admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, porque isso significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado. Então, é uma posição que fere a vedação constante do inc. LVII do art. 5º da Constituição. Do contrário seria admitir mudança de um dispositivo que integra as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, IV), por via de interpretação judicial. Como disse o Ministro Ricardo Lewandowski:

"mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência.

"Com maior razão não é dado aos juizes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas".³¹

55. São, pois, inequivocamente contrárias ao inc. LVII do art. 5º da Constituição decisões que consideram legais "mandado de prisão que o órgão julgador de 2º grau determina se expeça contra o réu", em execução provisória da sentença condenatória, pois aquele dispositivo constitucional tomou inaplicável, na hipótese, o art. 637 do Código de Processo Penal que autorizava esse tipo de execução e seria de esperar que o guardião da Constituição o reconhecesse e não que lhe desse

³¹ Cf. "Presunção de inocência", *Tendências/Debates*, em *Opinião*, Folha de S. Paulo, 9.2.2018, p. A3.

força de norma exequível, nem a ele nem a qualquer outra lei que disponha no mesmo sentido.

56. É certo que, em geral, a lei prevê a possibilidade de cumprimento de sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo como são os recursos extraordinário e especial, respectivamente, para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 520, e CPP, art. 637). É a isso que se chama *execução provisória da sentença*.

57. Mas isso não vale nos casos em que exista norma que se oponha ao procedimento, expressa ou implicitamente, ou nos casos em que o restabelecimento ao *status quo ante* é impossível. Pois, a execução provisória de condenação criminal está vedada pelas duas situações, por força do inc. LVII do art. 5º da Constituição, e porque é impossível o restabelecimento do estado anterior, se o recurso for provido. Embora dito para o processo civil, vale para o processo penal a seguinte passagem de Luiz Fux:

"A 'execução provisória' admite tão-somente adiantamento de atos executivos, vedado o alcance dos atos de satisfação irreversível que caracteriza a execução definitiva".³²

Quem pode negar que a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se vem defendendo, tenha efeito de execução satisfativa irreversível no quanto executado, porque não volta ao estado anterior. Dir-se-á que o acusado fica com o direito à indenização, mas isso, se é satisfação financeira, não é reversão ao *status quo ante*. Se no civil, na lição do Eminent Professor, é vedado o alcance de atos de satisfação irreversível, a vedação é mais ainda uma imposição

32 Cf. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 1019.

ética no processo penal, mormente quando o acusado é protegido pelo direito fundamental à presunção de inocência.

7. A grandeza de um Tribunal

58. A grandeza de um Tribunal não se perde quando, no cumprimento de sua missão constitucional, presta a sua jurisdição sem temor e sem concessão e não se sente apequenado pelo fato de rever sua posição em favor dos direitos fundamentais, a favor de quem quer que seja que lhe bata às portas. Um Tribunal só se diminui e perde credibilidade quando decide contra ela, qualquer que seja a motivação.

59. Decisões dos Tribunais colegiados, no geral, se compõem por maioria de votos de seus componentes. Esse método contribui para a obtenção de julgados consistentes com a ordem jurídica. Mas isso, às vezes, não acontece, como no caso do HC 126.292.

60. De fato, neste caso, como ficou demonstrado ao longo deste parecer, a maioria do STF constitui o julgado, com a devida vênia, com votos baseados em teses, fundamentos, conceitos, argumentos e fatores equivocados. Apesar disso, nunca apoiei e não concordo com a generalização da afirmativa de João Mangabeira, quando disse que o órgão que mais falhou na República no período que indicou (1892-1937),³³ embora reconheça que, em algum grau, a observação de Oscar Vilhena Vieira faz do papel de guarda da Constituição pelo Supremo é procedente e este caso que estamos apreciando aqui o prova. Diz ele:

33 Cf. Ruy, o Estadista da República, 2ª ed., São Paulo, Martins Fonte, 1946, pp. 67 e 68.

“O cumprimento da função de guarda da Constituição não tem sido realizado sem dificuldades e insucessos nesses mais de 100 anos”.

61. Não sufrago essa generalização, porque equívocos e erros são eventuais e circunstanciais em face de fatores do momento, enquanto os acertos são sempre perenes. Por isso, destaquei e destaco que essas arguições dizem respeito à postura do grande Tribunal diante de fatos e arbitrariedades políticas. Tecnicamente o tribunal teve sempre muita grandeza. A esses propósitos é que se deve ter em mente a opinião de Ruy Barbosa, que, sem se dirigir diretamente ao STF, reconheceu grandes triunfos na Justiça Brasileira: “Grandes triunfos, nesse quarto de século [Ruy morreu em 1923], registra a justiça brasileira. Os direitos supremos, algumas vezes imolados, acabaram por vingar, em boa parte, na corrente dos arrestos. Haja vista os grandes resultados, que, graças a ela, se apurara, sob o estado de sítio deste ano, quando, mercê das suas sentenças, alcançamos salvar, da liberdade de imprensa, uma parte considerável, e preservar os debates parlamentares das trevas, em que os queria envolvera ditadura, com a cumplicidade submissa do próprio Congresso Nacional”.

62. Julgar contra a Constituição é um ônus que sempre há de pesar muito na consciência dos julgadores, mormente se forem integrantes de um Corte Constitucional, por isso mesmo são sempre propensos a corrigir rumos.

34 Cf. Supremo Tribunal Federal, 2ª ed., p. 71.

35 Cf. José Afonso da Silva, Comentários Contextuais à Constituição, 9ª ed., São Paulo, Malheiros 2014, pp.543-545.

IV Respostas aos quesitos

63. Vistas as considerações supra com base na doutrina mais autorizada e na análise da juri sprudência pertinente, posso passar agora às respostas sintéticas dos quesitos da Consulta.

Ao 1º quesito:

O princípio ou garantia da presunção de inocência tem a extensão que lhe deu o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, até o *trânsito em julgado da sentença condenatória*. A execução da pena antes disso viola gravemente a Constituição num dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é um direito individual fundamental. “O momento no qual uma decisão toma-se imodificável é o do trânsito em julgado, que se opera quando o conteúdo daquilo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação através de recurso, daí a sua conseqüente imutabilidade”.³⁶ Dá-se aí a *preclusão máxima* com a *coisajulgada*, antes da qual, por força do princípio da presunção de inocência, não se pode executar a pena nem definitiva nem provisoriamente, sob pena de infringência à Constituição.

Ao 2º quesito:

Não. *Indubitavelmente, não é compatível com o inc. LVII do art. 5º da Constituição* a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

36 Cf. Luiz Fux, ob. cit., p. 693.

É incompreensível como o grande Tribunal, que a Constituição erigiu em *guardião da Constituição*, dando-lhe a feição de uma Corte Constitucional, pôde emitir uma tal decisão em franco confronto com aquele dispositivo constitucional.

Ao 3º quesito:

Não. Não é compatível com o art. 5 LVII da Constituição a determinação do Tribunal Regional da 4ª Região de se dar início o cumprimento da pena imposta a Lula imediatamente após o esgotamento da jurisdição daquela Corte, e não a partir do trânsito em julgado do processo-crime. O Tribunal comete grave inconstitucionalidade com essa determinação.

Ao 4º quesito:

Não. A ordem de execução provisória da pena imposta a Lula, decretada de ofício, limitando-se a mencionar entendimentos sumulares e precedentes do STF, e sendo a mesma, ante os elementos concretos da causa desnecessária, não é compatível com o art. 5 LVII da Constituição. O sistema de processo penal brasileiro, de acordo com a Constituição, se rege pelo princípio acusatório, no qual se exige que o juiz não pode agir de ofício, *nemo iudex sine auctor*. E a execução é reconhecidamente um processo administrativo autônomo, por isso só pode ser iniciado quando devidamente provocado.

Ao 5º quesito:

Sim, sem dúvida. O contexto fático apresentado no HC 152.752 – revelando iminente possibilidade de execução da pena de Lula antes do trânsito em julgado de sua condenação criminal – constitui-se em hipótese de flagrante constrangimento ilegal apta

a afastar a incidência da Súmula 691/STF. Toda decisão ilegal ou inconstitucional de juiz ou Tribunal constitui constrangimento apto ao cabimento de um *habeas corpus*, para evitar a consumação da ação ilegal e constrangedora.

É o parecer.

São Paulo, 28 de março de 2018

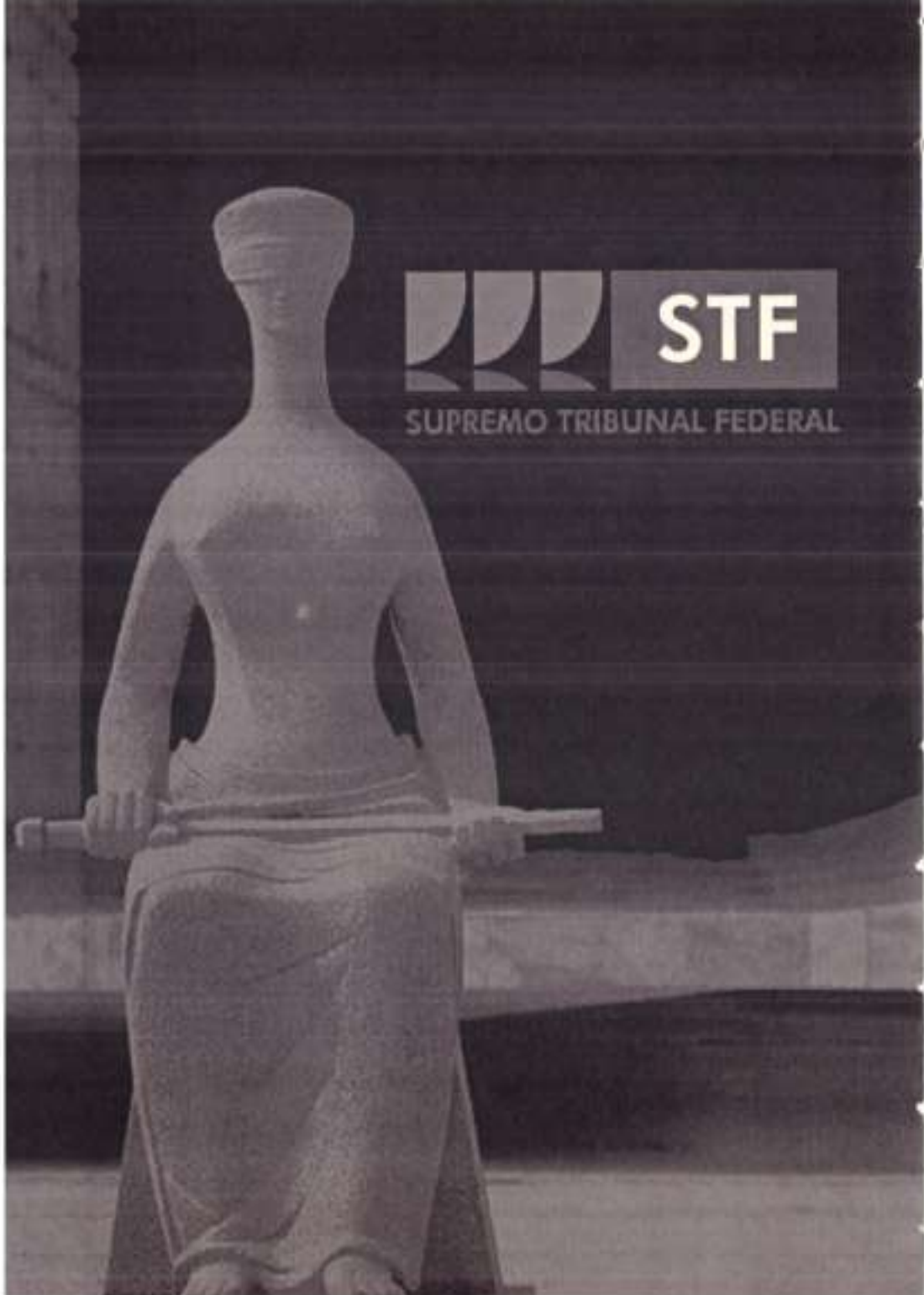


OAB/13.417-SP

RG 1.41813-6

CPF 032.588.748-91

Prof. José Afonso da Silva



Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância

Por Lenio Luiz Streck e Juliano Breda

Abstract: apresentamos um resumo dos argumentos já postos, assim como novos argumentos para o provimento da ADC 44!

1. A ADC 44, assim como as ADCs 43 e 54, pedem ao STF a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que restringe a expedição do mandado de prisão em decorrência de sentença penal condenatória ao trânsito em julgado da decisão.

2. No julgamento do pedido liminar, por maioria, os ministros reconheceram a constitucionalidade daquela regra, mas, estranhamente, por meio de "interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível". Ou seja, a interpretação conforme apontou para o sentido contrário do que se lê do texto do artigo 283.

3. Nos votos majoritários, um argumento histórico ganhou força. De acordo com o ministro Fachin, a "Suprema Corte retomou um entendimento que vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos, portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Como se vê, vinte e um dos vinte e oito anos registrou essa compreensão". (grifamos)

4. Nessa retrospectiva sobre a guinada jurisprudencial do STF — de 88 até 2009 (Acórdão Eros Grau) e, posteriormente, de 2009 (Grau) até a alteração do entendimento em 2016 (Acórdão Teori), *faltou, porém, um sobrevoos importante sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência a respeito da execução das penas restritivas de direitos.*

5. Isso porque, muito antes da “virada jurisprudencial” de 2009 na direção de uma ampliação do campo normativo da regra constitucional às hipóteses de execução da pena privativas de liberdade, o STF, em sucessivos julgamentos, já proclamava a impossibilidade de execução antecipada das sanções restritivas de direitos. Embora seja óbvio, *vale anotar que penas restritivas de direitos e penas privativas de liberdade distinguem-se somente como espécie, mas não deixam de integrar o mesmo gênero na estrutura das consequências jurídicas do crime.*

6. E, nesse passo, *nos votos favoráveis à execução antecipada da pena de 2016 não há menção ao relevante fato histórico de que até o ano de 2009 os Ministros que admitiam a execução antecipada da pena privativa de liberdade vedavam a execução das restritivas de direitos antes do trânsito em julgado.* Votavam nessa linha Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, além de Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Ayres Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski (HC 84.859-2004; HC 84.677-2004; 88.413 - 2006; HC 89.435-2007).

7. Embora sem decisão específica nessa linha, a Ministra Carmen Lucia, no HC 92.275, em 22 de novembro de 2007, com base na compreensão consensual de seus pares, afirmou:

“A pena privativa de liberdade fora substituída por duas penas restritivas de direitos, as quais somente se executam depois do trânsito em julgado da condenação (artigo 147 da Lei de Execução Penal), que ainda não ocorreu, pois, segundo informa o Impetrante, está pendente o julgamento de recurso por ele interposto”.

8. O STF, portanto, *jamais esteve dividido sobre a impossibilidade de execução antecipada das penas restritivas de direitos em razão de um obstáculo intransponível: o limite semântico (significado*

convencional) de uma norma que condiz com o ordenamento jurídico constitucional, ou seja, o significado convencional da regra do artigo 147 da Lei de Execução Penal:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

9. Quando o plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado (2009), os votos vencidos fundaram-se na linha da divergência inaugurada pelo ministro Menezes Direito, no sentido de que, na medida em que os “recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, a execução provisória é consequência possível”.

10. O ponto central da discussão é muito simples e objetivo. Antes mesmo da decisão paradigma de 2009, *todos os Ministros do STF entendiam que não poderia existir execução antecipada de pena contra expressa disposição de lei infraconstitucional, independentemente da regra constitucional da presunção de inocência.*

11. Essa constatação é fundamental para definir as premissas jurídicas nas quais a questão posta nas ADCs só pode e só deve ser decidida, uma vez que as ações pedem a *declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, regra de criação posterior à decisão de 2009.*

12. Daí que, *entrando em vigor o artigo 283 no ano de 2011, a única interpretação constitucionalmente admissível é a mesma que adotavam todos os ministros do STF em relação ao artigo 147 da LEP.*

13. A solução oferecida em 2016, para fugir da antiga unanimidade sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada das penas restritivas de direitos em face de previsão expressa de lei, foi o recurso à chamada “interpretação conforme à constituição”. Já de início soa curioso o fato de que nenhum — absolutamente nenhum[1] — dos ministros que ocuparam as cadeiras do Plenário do STF na década de 2000 tenha invocado essa regra hermenêutica para supostamente

adequar o artigo 147 da LEP à Constituição de 1988, permitindo-lhe também uma leitura que admitisse a execução antecipada.

14. Mas, ainda que se aceite a descoberta tardia desse princípio, no que, efetivamente, consiste a chamada "interpretação conforme" e até onde ela pode ajudar no julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54? Boa pergunta. Ou ela é apenas um âlibi retórico?

15. Vejamos. Gomes Canotilho, em seu *Teoria Constitucional e Teoria da Constituição*, explica que a interpretação conforme encontra limites precisos, sendo vedado ao juiz, ao analisar a aplicação de determinada regra, promover uma "revisão do seu conteúdo". *A interpretação conforme tem os seus limites na própria constituição, nos limites semânticos das leis democraticamente criadas e na reconstrução da respectiva história institucional, com o risco, para o grande autor, de a "alteração do conteúdo da lei através da interpretação" poder levar "a uma usurpação das funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei".*

16. Trata-se de uma obviedade: cumprir a "letra da lei (constitucional)" é um dever inerente ao Estado Democrático de Direito. Assim como é inerente o dever dos juizes constitucionais, com responsabilidade política, aplicarem o ordenamento jurídico constitucional. Vamos explicar um pouco melhor isso, a partir de Victoria Iturralde Sesma, Catedrática da Universidad Del País Basco, para quem temos de abandonar a expressão "significado literal" por "significado convencional". *Falar de significado convencional de uma regra jurídica (legal ou constitucional) não significa que exista um único significado, porém se delimita até onde pode chegar a interpretação e onde começa a invenção.* Para melhor entender isso, ela cita Umberto Eco, quem critica aquelas posturas que autorizam ao intérprete produzir ilimitadas leituras de um texto.

17. Ademais, se não bastasse a literalidade (melhor dizendo, o significado convencional) eloquente do artigo 283, a vontade do legislador de 2011 é inquestionável. Esse dispositivo, introduzido pela Lei 12.403/2011, teve origem em proposta elaborada por uma

Comissão de Juristas, constituída em 2000 pelo Ministério da Justiça, que se transformou no Projeto de Lei 4.208, de 2001, de iniciativa do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na Exposição de Motivos 00022, sustentou expressamente

"a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar".
Simples e direto assim. Claro como colocar água em cima.

18. Já na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer aprovado textualmente afirmava que a regra

"tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito".
Simples e direto assim. Muito claro, pois.

19. Nessa linha, pedimos desculpas por uma certa *epistemologia do zelo* que aqui estabelecemos, em que até mesmo um autor de matriz teórica muito diferente da aqui adotada dá razão a nossa tese e pleito. Trata-se de uma interpretação (tão) lógica, que, com base na *Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy* (p. 229) torna-se possível até a formulação em modalização deontica para sua análise formal.

Explica-se. Nos dois parágrafos anteriores, usamos algo chamado por Alexy de argumento genético. Ou seja: *a alegação que justifica a interpretação de uma regra com base na "intenção do legislador" ou "vontade do legislador".*

20. A forma é até de fácil compreensão. Vejamos. O texto do artigo 283 do Código de Processo Penal é simbolizado por R. A interpretação do texto que determina "a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar" é representada por R'. *A intenção do legislador para com o texto, cristalina pela exposição de motivos citada, é traduzida por R''.* A formulação completa fica expressa da seguinte maneira:

- (1) $R' = I''_w$
(2) R'

Traduzida:

(1) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar é a intenção do legislador.

(2) O artigo 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de tal maneira que *impossibilite* prisões que não sejam de natureza cautelar antes da sentença condenatória transitada em julgado.

21. Um outro argumento ainda pode ser utilizado para reforçar o sustentado anteriormente. Por exemplo, podemos afirmar que o legislador adotou R , isto é, o artigo 283 do CPP, para atingir o objetivo Z , que representa a efetivação (Alexy utilizaria a otimização) da presunção de inocência. Assim, *a validade de R na interpretação I''_w é necessária para efetivar o objetivo do legislador — a otimização do artigo 5º, LVII, da CF. A formulação ficaria assim:*

- (1) $\neg R' (IR_w) \rightarrow \neg Z$
(2) R'

Por premissas, poderíamos utilizar:

- (1) OZ
(2) $\neg M \rightarrow \neg OZ$
(3) $OM [2]$

Traduzida:

(1) O artigo 283 do Código de Processo Penal é, para o legislador, um meio de otimizar o direito fundamental à presunção de inocência.

(2) O artigo 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de tal maneira que impossibilite prisões que não sejam de natureza cautelar antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Por premissas, poderíamos utilizar:

(1) É obrigatório que se otimize o direito fundamental à presunção de inocência.

(2) A menos que se assegure a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, não se obterá a otimização do direito fundamental à presunção de inocência.

(3) É obrigatório assegurar a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

22. Ainda preferindo pecar pelo excesso — *da a nossa epistemologia do zelo* — deixemos de lado a lógica deontica e adotemos uma tese de Christian Baldus (introduzido e estudado no Brasil por Otavio Luiz Rodrigues Jr) sobre interpretação histórica negativa:

determinado comando ou certa hipótese de incidência não são aceitáveis ou compreensíveis porque o legislador, se os desejasse, tê-los-ia incluído no texto de lei.

No caso, ocorreu a explicitação do objetivo da alteração legislativa, com o que está vedada interpretação que transforme o texto em seu contrário.

23. Além do mais, a nossa história institucional — devidamente reconstruída — *clama por uma decisão no mesmo sentido dos julgados sobre as penas restritivas de direitos*. A reforma de 2011 do artigo 283 do Código de Processo Penal reforça de maneira clara o sentido semântico do artigo 105 da Lei de Execuções Penais (vigente desde 1984!):

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Percebe-se como a compreensão da norma é reforçada pelo sentido semântico do texto, pela história constitucional pátria e pela coerência do ordenamento.

24. Em síntese, as ADCs 43, 44 e 54 pedem simplesmente o respeito à Constituição de 1988, à lei e ao Congresso Nacional. E pedem que seja respeitada a opinião unânime dos ministros do STF, construída ao longo da década de 2000, no sentido da constitucionalidade de lei infraconstitucional que expressamente impeça a execução antecipada de pena.

Numa palavra final: Na verdade, as ADCs pedem, simplesmente, o respeito ao Direito. E aos textos em seus significados convencionais. Nunca devemos esquecer a advertência de Fr. Müller: *Die texten können zurückschlagen* (os textos podem revidar).

E, mais uma coisa só: os subscritores das ADCs também pedem que sejam pautadas pelo Supremo Tribunal Federal. De pronto.

O *status libertatis* de milhares de pessoas depende desse evento.

[1] Cabe fazer menção ao argumento da interpretação sistêmica do Ministro Eros Grau no HC 84.677/RS. A interpretação compreendida pelo ministro não se relaciona (de nenhuma forma) com a (suposta) interpretação conforme à constituição empregada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, que já foi devidamente analisada nesta coluna: (<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>). Sobre interpretação conforme, ver Streck, L.L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, principalmente nos capítulos 9 e 10. Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2018.

[2] O refere-se à obrigação, Z ao estado de coisas que se pretende atingir. M, por sua vez, relaciona-se com uma característica específica, sendo OM a obrigatoriedade de obter a característica.

■ **Lenio Luiz Streck** é jurista, professor de Direito Constitucional e pós-doutor em Direito. Sócio do escritório Streck e Trindade Advogados Associados: www.streckadvogados.com.br.

■ **Juliano Breda** é advogado, doutor em Direito pela UFPR.

A prisão de Lula e a corrupção político-partidária no sistema eleitoral brasileiro.

"São piores os homens que os corvos. O triste que foi à força não o comem os corvos senão depois de executado e morto; e o que anda em tribunais, ainda não está executado nem sentenciado e já está comido"
Padre Antônio Vieira, in *Sermão de Santo Antônio aos peixes*.

Por Sergio Victor Tamer

A raiz dos males de nosso sistema democrático está fincada exatamente em nosso viciado sistema eleitoral, com destaque para os ilícitos que ocorrem antes, durante e depois das eleições, e com as peculiaridades inerentes a cada uma dessas três fases. Os T.R.E.'s, nesse contexto, passaram de órgão controlador e fiscalizador a órgão legitimador desses vícios tal a sua impossibilidade estrutural de lidar com um sistema cuja essência é indutora de práticas abusivas.

Estamos falando do que todos sabem no Brasil: as eleições são excessivamente caras e são elas promotoras das mais diversas práticas ilícitas, do financiamento por parte de agiotas e traficantes às generosas doações de empreiteiras e "operadores" vinculados a contratos governamentais. Tudo está impregnado por uma desafiadora rede de corrupção que se infiltra e atua em todos os partidos de forma "natural" e, costuma-se dizer, "institucionalizada". Até mesmo a existência de um estranho "presidencialismo de coalização" - uma espécie de aleijão da nossa democracia partidária, nada mais é do que a distribuição de cargos e órgãos públicos - "de porteira fechada" - para os aliados de ocasião em troca de votos dessas legendas no Congresso. Não há qualquer afinidade ideológica ou programática nessa composição, mas tão somente o objetivo de possibilitar o ressarcimento de despesas feitas na campanha e, ao mesmo tempo, arregimentar recursos para o próximo pleito. Os acordos são feitos abertamente e os líderes contabilizam, em reunião com a imprensa, os votos obtidos

com esse loteamento de cargos e ministérios. Esse sistema funcionava dessa maneira ontem, continua funcionando hoje e não dá mostras de que cessará a sua marcha amanhã, pelo menos enquanto as reformas político-partidárias não chegarem. Alguma surpresa?! Mal comparando seria o mesmo que a madre superiora fizesse ares de espanto ao visitar um *bas-fond*... Basta, portanto, lançar um olhar à volta, aproveitar o pleito que se aproxima, e verificar o que se passa nas eleições e nas pós-eleições nos 5.570 municípios brasileiros. São em proporções diversas mas, na essência, as práticas são as mesmas.

Em 2003, o petismo assoma o poder.

O petismo liderado por Lula et caterva evidentemente aprofundou e ao mesmo tempo alargou essa prática quando decidiu adotar uma postura pragmática para eleger o seu chefe político como presidente do Brasil. Partiu para uma composição com o seu vice, o megaempresário e senador milionário José Alencar, e as negociações envolveram vários partidos – todos mais tarde reponsabilizados no explosivo processo do “mensalão”. Na época se dizia que aquilo era “uma pequenina ponta do iceberg”: e era mesmo! Revela-nos o jornalista português Carlos Fino, a esse respeito, em artigo publicado na imprensa, que esse foi “o momento crucial em que Lula selou um pacto com o Diabo – abandonando de vez as veleidades moralistas da história do PT e aceitando pragmaticamente, para poder governar, enveredar pelos caminhos há muito estabelecidos no Brasil: nomeação de homens de confiança para lugares-chave das empresas públicas, concessão de contratos sobrevalorizados às empreiteiras em troca do financiamento dos partidos políticos envolvidos no esquema”.

Ora, difícil nessa conjuntura politicamente disseminada era exigir uma atitude do então presidente Lula visando uma mudança radical em um sistema que “está dando certo”, vale dizer, está elegendo e reelegendo candidatos do partido e financiando campanha de aliados com as cooptações inevitáveis. Porém as perguntas que se fazem são: e se Lula tivesse utilizado a enorme popularidade de que desfrutava para denunciar esses desvios e dar início a uma reforma do sistema? Poderia ele ter convencido o seu establishment a dar essa virada na estrutura político-partidária brasileira? Teria deliberadamente desper-

diçado essa oportunidade?... Pouco afeito a filosofias e ideologias, mas detentor de grande astúcia e sentido prático da política Lula preferiu deixar as coisas como estavam, todavia aumentou exponencialmente a utilização dessas regras não escritas da política brasileira e passou a gostar muito desse jogo do poder no Brasil. Todas as reformas propostas foram então relegadas a plano secundário e apenas pontualmente, aqui e ali, se mexia no texto eleitoral, jamais no sistema político-partidário.

Os sinais de fadiga...

Em 2013 a população brasileira saiu às ruas em raro manifesto público por mudanças na política ocasião em que se formou um movimento jamais visto no País, com a participação de todas as suas capitais e principais cidades. Em São Luís o Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública - CECGP, recém-criado, organizou um seminário para debater esse fenômeno social e convidou para proferir a conferência central, ao lado de eminentes juristas maranhenses, o cientista político Ricardo Caldas, da UNB. Esperava-se, com o tempo, uma efetiva mudança. Outras instituições, como a OAB, também pugnaram pela chamada “mãe de todas as reformas”, isto é, a reforma político-partidária. A classe política, no entanto, sobretudo aquela que estava se dando bem com o “jogo jogado”, manteve-se inerte e não promoveu as reformas exigidas pela população. Perdeu ainda mais credibilidade, viu seus maiores líderes envolvidos na lava-jato e, com sérios riscos para a democracia, assistiu ao esfacelamento de considerável parcela de sua legitimidade como um dos órgãos da soberania estatal. Mas o Legislativo não ficou sozinho nesse enredo. A promiscuidade existente com o Executivo por conta desse esdrúxulo e corrompido “presidencialismo de coalização” contaminou também este outro poder fazendo ruir o governo Dilma e provocando fissuras nas bases de sustentação do governo Temer que tem procurado se equilibrar em frágil e precária sustentação política e popular. Daí o cientista político Carlos Fino concordar com a necessidade dessa mudança, tendo escrito que “sendo manifestamente um grave problema sistêmico (a corrupção), só com uma profunda reforma política, quiçá até uma nova Constituição - revendo todo o financiamento dos partidos e respectivas campanhas eleitorais - poderá (o escândalo revelado pela operação lava-jato) ser eventualmente reparado”.

A hipertrofia do Judiciário

Mas já agora essa fragilidade institucional de dois importantes poderes da República deu passo a uma inesperada e surpreendente hipertrofia do poder Judicial e seus integrantes. Sem freios e contrapesos pela perda vertiginosa de legitimidade que se abateu sobre o Legislativo e o Executivo, o sistema de controle e contenção do poder, peça chave dos sistemas democráticos, ficou sensivelmente prejudicado. Esse fato inusitado na política brasileira permitiu o avanço e um protagonismo exacerbado do sistema de Justiça (juizes, delegados e promotores) com consequências desastrosas para as garantias constitucionais, conforme vem sendo firmemente denunciado nos últimos anos.

O afã de condenar os envolvidos na lava-jato, seja por meio de "delações premiadas" ou ainda por provas baseadas em "convicções pessoais", tem suscitado grande reação da classe jurídica em contraposição ao apoio popular que o juiz Sergio Moro passou a desfrutar. Passa-se a impressão de que "os fins justificam os meios" - o que em termos processuais é inaceitável - porém significativa parcela da população apoia o sistema inquisitorial em curso. E o aplaude vibrantemente. Contudo, quando cada magistrado passa a decidir "de acordo com a sua própria consciência" e não nos termos da lei, cria-se um quadro de insegurança jurídica devastador para as garantias individuais. É sabido que em um Estado democrático e de Direito, ninguém está acima da lei, mas o cumprimento do devido processo legal, a começar pelo respeito ao princípio do ônus da prova e a plena isenção dos juizes, é condição basilar para a correta aplicação do Direito. No entanto, as mais estapafúrdias teorias vêm sendo utilizadas, a maioria sendo desconhecida até mesmo nos próprios países onde surgiram.

O processo Lula

Dessa forma, ao analisar o processo que levou à condenação do ex-presidente Lula, o professor Luigi Ferrajoli - que foi magistrado entre os anos de 1967 a 1970, e é considerado um dos maiores juristas e pensadores contemporâneos, publicou no jornal italiano "Il Manifesto", [1] do dia 7 de abril de 2018, artigo com o título "Uma agressão judiciária à democracia" em que critica com veemência o julgamento realizado pela justiça brasileira. Ferrajoli é, desde 1970, professor de

Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino tendo como principal obra de referência "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal". Ele afirma que "Estamos diante daquilo que Cesare Beccaria, em "Dos delitos e das penas", chamou "processo ofensivo", onde "o juiz", em vez de "indiferente pesquisador do verdadeiro", "se torna inimigo do réu" e "não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito, e tenta arrancá-lo e crê que perde se não consegue." Prossegue Ferrajoli: "O caráter não judiciário mas político de todo esse caso é revelado pela total falta de imparcialidade dos magistrados que promoveram e celebraram o processo contra Lula. Certamente este partidarismo foi favorecido por um singular e inacreditável traço inquisitório do processo penal brasileiro: a falta de distinção e separação entre juiz e acusação e, portanto, a figura do juiz inquisidor, que instrui o processo, expede mandados e então pronuncia a condenação de primeiro grau... (...) Mas esse absurdo sistema, institucionalmente inquisitório, não bastou para conter o zelo e o arbitrio dos juizes." E assinala, então, alguns aspectos do que ele chama de "arbitrio partidário" a começar pela "mídia orquestrada desde o início do processo contra Lula e alimentada pelo protagonismo do juiz de primeiro grau, que divulgou atos resguardados de sigilo instrutório e deu entrevistas nas quais se pronunciou, antes da decisão, contra seu réu, à busca de uma imprópria legitimação: não a submissão à lei, mas o consenso popular."

A antecipação do juízo, diz ele, viciou também o apelo. É que no dia 6 de agosto de 2017, em uma entrevista ao jornal Estado de São Paulo, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, diante do qual a sentença de primeiro grau tinha sido impugnada, declarou, antes do julgamento, que tal sentença era "tecnicamente irrepreensível". E conclui o consagrado doutrinador italiano: "Similares antecipações do julgamento, segundo o código processual de todos os países civilizados, são motivos óbvios e indiscutíveis de suspeição ou de impedimento, dado que assinalam uma hostilidade e um prejulgamento incompatível com a jurisdição."

A Constituição envergonhada

Além da situação acima descrita por Ferrajoli, acrescenta-se o episódio do julgamento do Habeas Corpus impetrado pela defesa do ex-presidente no STF, recentemente apreciado pelo seu Plenário. Como

se sabe, esse pedido dos advogados fez com que os ministros da Corte reafirmassem ou não a validade do rumoroso julgamento de 2016 em que a questão do cumprimento da pena, após a condenação em 2ª instância, fora então estabelecida. E, como é óbvio, a discussão girou em torno do Art. 5º, inciso LVII da Constituição, onde se lê: - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**. Mas, nem todos leem ou leram assim. Pelo menos os seis ministros que votaram pela execução da pena após o trânsito em julgado em segunda instância. O que era exceção, virou regra e a confusão ficou estabelecida.

O ilustre ministro Luís Barroso terá sido - do lado dos que advogam a tese da 2ª instância-, a voz mais proeminente. Sua pirotecnia jurídica foi comovente. Explicou Sua Excelência que a presunção de inocência como princípio constitucional não é norma absoluta e que em um sistema de ponderação com outros princípios, como o da punibilidade, este se sagra vencedor. Talvez nem Robert Alexy ousasse tanto. Aliás, já se disse que certas teorias jurídicas são muito mal traduzidas no Brasil, sobretudo as de origem germânicas que cada um entende - e aplica - como melhor lhe aprouver. O decano dos ministros no STF, o eminente magistrado Celso de Mello, contrapôs-se ao academicismo de Barroso e situou-se no lado jurídico oposto, isto é, dos que preferem apoiar seus julgamentos na literalidade do texto constitucional, sem cair na tentação de reescrevê-lo. Nesse imbróglio tupiniquim nunca é demais lembrar o professor JJ Gomes Canotilho para quem "Qualquer norma constitucional deve ser considerada obrigatória ante qualquer órgão do poder político".

Insegurança Jurídica

A segurança jurídica, como todos sabem, é princípio basilar do Estado democrático e de Direito daí que o atropelo aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, além de ensejar uma atmosfera inquisitorial de permanente estado de incertezas acaba por retirar perigosamente a legitimidade da jurisdição. E se Legislativo e Executivo já conviviam com baixíssima legitimidade a junção do Judiciário nesse rol, ainda que possua em seu favor momentânea e estridente torcida, como sói acontecer quando está em causa acirradas disputadas partidárias, acaba por fazer rebaixar a democracia brasileira a patamares inimagináveis. Em outras palavras: a corrupção

LEIA AS EDIÇÕES ONLINE

www.cecgp.com.br



EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

