

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CAIO MANSOUR CASTILHO

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
EXECUÇÃO ANTECIPADA DE SENTENÇA PENAL  
CONDENATÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FORÇA  
NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DO ATIVISMO  
JUDICIAL**

SÃO PAULO - SP

2023

CAIO MANSOUR CASTILHO

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
EXECUÇÃO ANTECIPADA DE SENTENÇA PENAL  
CONDENATÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FORÇA  
NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DO ATIVISMO  
JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito, sob orientação do Professor Doutor Marcos de Lima Porta.

São Paulo – SP

2023

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	4
2.	O STF NO HC Nº 84.078 .....	5
2.1.	HC Nº 84.078 – ACÓRDÃO E TESE.....	5
2.2.	ANTÍTESE E REFLEXÕES .....	12
2.3.	CONCLUSÃO QUANTO AO HC Nº 84.078.....	16
3.	O STF NO HC Nº 126.292.....	18
3.1.	MUDANÇAS NO CONTEXTO HISTÓRICO E HERMENÊUTICA.....	18
3.2.	ENTENDIMENTOS PARADIGMÁTICOS .....	25
3.3.	VOTOS CONTRÁRIOS E O PREJUÍZO CONSTITUCIONAL .....	32
3.4.	CONCLUSÃO QUANTO AO HC Nº 126.292.....	36
4.	O STF NAS ADCS 43, 44 E 54 .....	37
4.1.	CONTEXTUALIZAÇÃO.....	37
4.2.	A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO .....	40
4.3.	SUPREMOCRACIA EM CRISE? .....	49
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	51
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	52

## 1. INTRODUÇÃO

Em sete de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal (“STF”), julgou procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidades (“ADCs”) nº 43, 44 e 54, que tratavam sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal (“CPP”), dispositivo que, à época, detinha a seguinte redação:

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<sup>1</sup>.

Dessa forma, o tribunal afirmou que o referido dispositivo era compatível com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com isso, o STF alterou posicionamento que havia fixado anteriormente quando no julgamento do *Habeas Corpus* (“HC”) nº 126.292 - SP em 05 de outubro de 2016, que afirmava a possibilidade de execução provisória de sentença penal condenatória proferida em grau de apelação, ainda que a decisão esteja submetida a Recurso Especial (“REsp”) ou Recurso Extraordinário (“RE”), de modo que o tribunal retornou ao entendimento anterior, fixado no HC nº 84.078 - MG julgado em 05 de fevereiro de 2009, que a execução da sentença condenatória somente poderia ocorrer após o seu trânsito em julgado.

Tanto a decisão de 2016, quanto a mais recente, eram temas de inflamados debates não somente no seio jurídico, mas também em meio à sociedade. A “prisão a partir de segunda instância” era vista por muitos como um instrumento fundamental no combate à corrupção no país, principalmente no cenário pós-protestos de 2013 e após o início da Operação Lava-Jato, onde foram desvendados vultuosos esquemas de corrupção em meio à Petrobras e as maiores construtoras do país. Por meio de suas ações, contudo, o Supremo conseguiu não só desagradar ambas as alas (e basicamente, a sociedade em sua totalidade), como também demonstrou inconsistência e deixou transparecer um comportamento errático ao reverter um posicionamento que se encontrava sedimentado, para simplesmente abandonar o novo entendimento três anos depois de o criar.

Mais, tal comportamento expôs algo tão caro ao Estado de Direito como a Liberdade ao arbítrio da insegurança jurídica. Entre as duas últimas decisões, diversas pessoas foram privadas de liberdade, para somente depois saberem que, na verdade, não deveriam ter sido em primeiro lugar. Ainda, mostrou conduta incompatível com a função contramajoritária que as supremas cortes exercem, de defender a Constituição perante os arbítrios da política e sociedade, quando cada decisão coincidiu com períodos de maior ou menor

---

<sup>1</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso: 11/11/2022.

clamor pelo combate à corrupção. Com efeito, em 2016 a Operação Lava-Jato estava em alta, com a prisão de diversas figuras de alto escalão da administração pública e do empresariado, vistas até então como intocáveis, enquanto em 2019 a conduta do outrora juiz Sérgio Moro era questionada, com a sua entrada no Ministério da Justiça do controverso governo de Jair Bolsonaro e, ao menos no mês anterior ao julgamento, era noticiado o vazamento de diversas conversas virtuais entre Moro e o procurador da Lava-Jato Daltan Dallagnol, que contribuiu para a criação de uma visão de parcialidade na maior operação de combate à corrupção da história do país.

Contudo, essa atuação não é particularmente nova, visto que o STF vem expandindo sua atuação desde a redemocratização, processo que se marca por fenômenos conhecidos como “ativismo judicial” e/ou “judicialização”, que também não se restringem a somente esse órgão, mas ao Judiciário como um todo.

Necessário, então, analisar os fundamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal que representaram mudanças de posicionamentos já estabelecidos, mais precisamente, as ADCs nº 43, 44 e 54, e o HC nº 126.292, comparando-os aos fenômenos do “ativismo judicial” e “judicialização” e ao conteúdo do direito previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, bem como à hermenêutica constitucional.

Com isso, espera-se, nos limites do que esta monografia permite, explicar e criticar a atuação do Supremo Tribunal Federal recentemente com base nos acórdãos mencionados, de forma a se tentar uma melhor delimitação sobre a interpretação constitucional, que apesar de essencial para a concretização da constituição, também pode a prejudicar.

## **2. O STF NO HC Nº 84.078**

### **2.1. HC Nº 84.078 – ACÓRDÃO E TESE**

Em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 84.078, tendo o acórdão a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, 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. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí 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. Por isso 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.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".
6. 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. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiv'1'33'a", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.
7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52 ], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator - -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.
8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o

que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida<sup>2</sup>.

Tratou o tribunal de ordem impetrada perante acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que denegou a ordem. Apesar de, a início, a discussão se tratar de matéria relacionada à necessidade de prisão preventiva de réu condenado em segundo grau, o tema se converteu em execução antecipada da pena, visto que o STF havia determinado que a prisão preventiva era infundada, mas, “o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena”, nas palavras do Ministro Eros Grau<sup>3</sup>.

Até então, o entendimento do Supremo era de que a execução da pena mesmo pendentes recursos sem efeito suspensivo era possível, baseado no artigo 637 do CPP, cuja redação prevê que

Art. 637. 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<sup>4</sup>.

Contudo, a matéria foi levada ao pleno, que a analisou sob a forma do acórdão ora analisado.

Importante notar que, conforme notou Eros Grau, o STF possuía entendimento diverso para um caso cujo objeto era extremamente semelhante. No julgamento do RE nº 482.006, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que possibilitava a redução do vencimento de servidores públicos afastados em função de responderem por processo penal em relação a suposta prática de crime funcional, pois isto seria inconstitucional por violar o art. 5º, inciso LVII, da CF pela antecipação da pena. Claramente, conclusão semelhante se aplicaria à questão do cumprimento de pena enquanto pendentes Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, conforme pontuou o Ministro:

Afirmação unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, 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. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado em 26/02/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso: 01/06/2023.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>4</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso: 01/06/2023.

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal, *op.cit.*, p.44.

Segundo Eros, a visão favorável à aplicação do artigo 637 do CPP para viabilizar a prisão antes do trânsito em julgado vem na onda de demandas punitivistas da sociedade pelo aumento da criminalidade e de casos notórios:

A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998.

(...)

O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa.

(...)

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integrase ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética -- qualquer ética - - — o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente" . Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos<sup>6</sup>.

Há de se notar também a questão ressaltada pelo Ministro referente à força normativa da constituição, visto que, pela teoria constitucional proposta por juristas como Konrad Hesse,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral-particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem Constitucional-, não só a vontade de poder mas também a vontade de Constituição<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 13-14.

<sup>7</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos

Cumpra, assim, afirmar que o papel do intérprete jurídico não é o de seguir cegamente os anseios da maioria ou de determinado grupo de pressão, mas sim agir para concretizar o ordenamento jurídico, ainda mais no contexto constitucional, de leis de conteúdo principiológico e programático, que sofrem a todo momento situações de tensão com outros princípios que o próprio ordenamento prevê e com a mudança das situações fáticas, que trazem novos anseios e disparidades entre *ser* e *dever ser*. Da mesma forma, ao se deparar com o inciso LVII do artigo 5º da CF, onde “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o tribunal pode interpretar de maneira a compatibilizar o princípio da presunção de inocência com outros do ordenamento, até porque a interpretação de normas não é uma atividade de mero silogismo, mas sim um processo dinâmico – a norma só é de fato produzida após a ponderação do intérprete de sua realidade fática naquele determinado momento, buscando uma solução concreta. Contudo, não pode o tribunal afastar esse direito/princípio totalmente, de plano, há um núcleo inviolável para os direitos humanos.

A essa conclusão, também chegou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o relator para deferir a ordem de *habeas corpus* e pela não execução da pena enquanto pendentes recursos, através da aplicação do juízo da proporcionalidade proposto por Alexy para se encontrar tal núcleo e determinar até que ponto um princípio pode intervir em outro quando dois direitos se mostram em posições opostas. Utiliza, para isso, o juízo em três etapas: 1) a da adequação, isto é, se a medida em questão pode fomentar o princípio que se busca dar concreção; 2) a da necessidade, se a medida proposta pode ser substituída por outras que afetam menos o outro princípio que terá seu alcance diminuído em detrimento do outro e; 3) somente quando superadas as duas etapas anteriores, se utiliza o juízo da proporcionalidade em sentido estrito, onde se questiona se a restrição ao outro direito é justificável, ou seja, se não invade seu núcleo, é ponderada entre o grau de restrição de um princípio/direito e o grau de fomento do outro<sup>8</sup>.

Para ele, a adoção abstrata e genérica de um juízo ponderativo que a defende a restrição do direito da presunção de inocência em prol da efetividade da Justiça inviabiliza uma ponderação em concreto, que seria aquela que realizaria o juízo de necessidade da prisão<sup>9</sup>.

Quanto à necessidade da privação de liberdade, inclusive, abordaram outros Ministros que acompanharam o voto de Eros Grau, como Cezar Peluso, para quem:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decreta, arbitrariamente, por antecipação, a prisão cautelar de qualquer pessoa, sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida constritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um

---

Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

<sup>8</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p.152.

<sup>9</sup> Ibid., p. 153.

direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível<sup>10</sup>.

Até mesmo no caso da análise *in concreto* da execução provisória perante outras medidas presentes no ordenamento, a necessidade dela se mostra questionável, na linha do afirmado também por Peluso:

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular<sup>11</sup>.

Seria, então, a prisão cautelar, aquela com base no artigo 312 do CPP, a prisão preventiva, de *caput* de seguinte redação:

Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado<sup>12</sup>.

Com isso, estaria comprometida a proporcionalidade no seu aspecto da necessidade, visto que a ponderação da prisão enquanto pendente recurso extraordinário estaria inviabilizada por norma abstrata (art. 637 do CPP) que retira o seu efeito suspensivo (e, portanto, a viabilizando sem motivação), além de ser mais gravosa ao direito da presunção de inocência do que as demais medidas existentes no ordenamento, como a prisão preventiva, que demanda motivação e uma efetiva ponderação no caso concreto para que a privação de liberdade seja justificada. Por essa razão, não seria demandado nem aqui realizar o juízo posterior da ponderação da proporcionalidade entre a restrição da presunção de inocência em prol da efetividade da justiça/segurança pública, visto que na própria segunda etapa, da necessidade, a execução provisória da pena/“prisão em segunda instância” se mostraria inconstitucional. Gilmar Mendes também adota posicionamento semelhante:

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade<sup>13</sup>.

Ainda, outro ponto abordado nos argumentos vencedores foi a questão da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, calcado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, apesar de não contido no rol de direitos individuais do

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 68.

<sup>11</sup> Ibid., p.70

<sup>12</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.**

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso: 01/06/2023.

<sup>13</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p.153.

artigo 5º, é um dos maiores orientadores tanto na produção legislativa, quanto na interpretação normativa. Isto, porque referido rol não é exaustivo e a dignidade da pessoa humana é contida como fundamento do Estado brasileiro, de modo que deve orientar toda a conduta estatal..

Nesse aspecto, Oscar Vilhena Vieira traz ensinamentos interessantes à matéria:

(...) a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

Isso não deve significar, no entanto, que a dignidade não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e demais membros da sociedade. Até porque em muitas situações encontraremos a idéia da dignidade em confronto com os direitos fundamentais acima mencionados<sup>14</sup>.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana impõe que todo ato estatal trate do ser humano do como pessoa, não como mero instrumento para determinadas finalidades, mas como um ente dotado de razão e condição humana e, por essa condição que possui, de ser racional e dotado de anseios e desejos que precisam ser respeitados, não pode que o sejam injustificadamente suprimidos, uma reciprocidade fora daquela geralmente imaginada em um contrato ou relação instrumental, mas sim uma que considere que, à medida que um indivíduo coloca um respeito sobre si, também coloca um de mesmo valor sobre os demais<sup>15</sup>. Algo que, como se pode deduzir, liga-se à função do Estado de maximizar o interesse público.

Se o Estado possui o dever de tratar os indivíduos como pessoas em todas as suas ações, não o poderia, então, tratá-lo como mero objeto processual, disponível à suposta efetividade das suas medidas para a satisfação de um interesse diverso daquele que é público. No seu voto, o Ministro Celso de Mello, que também acompanhou o relator para conceder a ordem de *habeas corpus* contra a execução antecipada da pena, argumentou contra a diminuição desse efeito, contra a sua transformação a algo utilizado em ações de improbidade administrativa, como julgado pelo STF no mencionado RE nº 482.006:

E, mais: o que me perturba o espírito, com o devido respeito, senhor Presidente, é que essa garantia constitucional, que, histórica e dogmaticamente, é uma das mais importantes das ordens jurídico-constitucionais, possa ser reduzida, na sua eficácia normativa, a casos periféricos de medidas de natureza puramente material. Noutras palavras, a garantia do art. 5º, inciso LVII, pode correr o risco de ser reduzida a garantia contra medidas de caráter secundário; já não contra aquelas que produzem, em relação à dignidade da pessoa humana, as

---

<sup>14</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena et. al. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 63.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 67-68.

restrições e os sacrifícios mais graves. Noutras palavras, poderemos dar à garantia constitucional do mais amplo espectro uma eficácia prática reduzida, que, na prática, servirá, um pouco mais ou um pouco menos, para remediar situações menos importantes, como essa de descontos de vencimentos, ou coisas ainda mais inferiores do ponto de vista das consequências para o homem normal na sua vida rotineira<sup>16</sup>.

Também se insurgiu sobre isso Gilmar Mendes ao citar Norberto Bobbio para diferenciar um Estado Democrático de um Totalitário, onde:

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito. São elas que permitem distinguir civilização de barbárie.

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Como se vê, a opção por essa fórmula apodítica, que enseja diferentes concretizações às diversas situações da vida, não se deixa, certamente, compatibilizar com o princípio da dignidade humana<sup>17</sup>.

Por isso, é incompatível relevar um princípio como a presunção de inocência, esculpida no art. 5º, inciso LVII da CF, que inclusive figura no rol de cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, inciso III da CF, onde “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”<sup>18</sup>, o que demonstra a força que tal direito possui, ainda mais se considerada a exposição acima sobre dignidade da pessoa humana, o que torna inconstitucional o seu desprezo por lei ordinária nesse sentido e, como se verá mais adiante, pelo ativismo judicial.

## 2.2. ANTÍTESE E REFLEXÕES

Foram divergentes dos argumentos acima expostos os Ministros Meneses de Direito, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Cármen Lúcia. Destes, destacam-se os argumentos trazidos por Meneses e Barbosa. Pelo primeiro, a formação da culpa sobre o delito se dá na fase dos fatos e, porque seriam os juízes de primeiro grau e desembargadores aqueles a realizarem uma análise mais profunda sobre os fatos do caso, deveriam ter suas decisões mais valorizadas, o que ocorreria através da execução provisória da pena.

Outrossim, se o ordenamento admitisse a prisão preventiva com o intuito de garantir o resultado processual, ele também permitiria o reconhecimento da prisão quando na condenação, pois ela seria o próprio alvo do processo. Ademais, também argumenta que não há diferença substantiva entre ambas, visto que ambas envolveriam a privação de liberdade do acusado e, dessa forma, citando a aplicação da teoria dos princípios de Dworkin, como os princípios se prestam para tomar uma posição diante de situações concretas indeterminadas e para ele a situação seria a mesma, o tratamento deve ser o

<sup>16</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p.83-84.

<sup>17</sup> Ibid., 150-151.

<sup>18</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 01/06/2022.

mesmo e a prisão de acusado com REsp ou RE deveria ser admitida, o que seria respaldado pela jurisprudência do STF até então mesmo após a promulgação da CF de 1988<sup>19</sup>.

Para Meneses,

A sanção penal tem duplo caráter, especialmente na forma de privação da liberdade, A retribuição e a prevenção se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos. Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias<sup>20</sup>.

Contudo, conforme demonstrado, **a ponderação da execução antecipada da pena é prejudicada já na fase da necessidade, pelo que não há de se falar em proporcionalidade da medida.** Outrossim, a prisão cautelar é a medida que menos afeta o princípio da presunção de inocência e é fundada efetivamente na necessidade da efetividade da Justiça no caso concreto, pelo que não há de se conferir uma autorização genérica para que pessoas sejam privadas de liberdade sem o trânsito em julgado. Por isso, de fato, a prisão provisória/cautelar não se confunde com a execução antecipada, visto que é a única das duas que é acolhida pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Por fim, Meneses defende que países reconhecidamente liberais como EUA e Canadá, permitem a prisão após segunda instância e que, pela ponderação, seria necessário equilibrar os direitos do acusado (presunção de inocência) e os direitos da sociedade, que dependem do Estado para proteção. Nesse ponto, alega que a prisão após devido processo legal em segunda instância seria o ponto de equilíbrio entre ambos<sup>21</sup>.

Apesar de países estrangeiros serem importantes influenciadores da doutrina jurídica nacional, é demasiado arriscado copiar e transplantar o ordenamento estrangeiro para o nacional sem a devida comparação das condições de cada país. Diferentemente de países como o Estados Unidos, cuja constituição é pequena e trabalha com princípios mais genéricos, ou seja, sintética, a Constituição Federal é de caráter analítico<sup>22</sup>, discorre de maneira profunda sobre diversos temas e possui normas de caráter não somente principiológico ou genérico, mas que são específicas.

A constituição americana, tão citada como exemplo de um documento jurídico de Estado Liberal, não trata em específico do tema do trânsito em

---

<sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p.54-57.

<sup>20</sup> Ibid., p.57

<sup>21</sup> Ibid., p. 57-59.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 96.

julgado<sup>23</sup>. De se notar, também, que o histórico político nacional é muito mais repressivo que o americano, com poucos períodos de efetiva e livre democracia. Por isso, muito perigoso possibilitar ao Estado que vá contra a letra da própria Constituição que, em seu tratado artigo 5º, inciso LVII, não considera ninguém culpado e, por isso, passível de prisão, sem o trânsito em julgado. Um entendimento que não considere isso não estabelecerá perigoso precedente não somente perante este tão caro direito, mas contra qualquer um dos direitos individuais contidos neste artigo, que poderão ser restringidos por argumentos de conveniência estatal.

Essa vedação explícita é reconhecida também por Celso de Mello, que assim fundamentou em seu voto a favor da concessão do HC:

Não posso desconhecer o próprio sistema jurídico que a nossa Constituição republicana consagrou, especialmente no ponto em que proclama, sem qualquer ambigüidade, que ninguém - absolutamente ninguém - se presume culpado, exceto se sobrevier, contra o réu, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>24</sup>.

Consequências danosas da viabilidade da execução antecipada já se mostravam, à época: Celso cita em seu voto levantamento feito pelo Ministro também favorável à concessão da ordem Ricardo Lewandowski, onde 30% dos Recursos Extraordinários são favoráveis aos réus condenados<sup>25</sup>. Ainda que, em momento posterior, o Ministro Joaquim Barbosa, que votou contra a ordem de *Habeas Corpus* para possibilitar a execução antecipada, tenha feito levantamento de julgados de sua relatoria e tenha chegado à conclusão que somente reverteu a condenação em por volta de 4% dos casos<sup>26</sup>, se trata de um exemplo isolado e, levado em consideração que a prisão de inocentes é um dano irreparável, as consequências da medida são extremamente gravosas, como demonstrou o Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto acompanhando o Relator:

(...) é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo psíquico. A sua autoestima fica ao rés do chão. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado. E tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção<sup>27</sup>.

Essa ponderação, portanto, não possui resultado diverso daquele em favor de um dos direitos individuais que se demonstram mais caros se considerada a história opressiva e punitivista nacional. Fora exceções

---

<sup>23</sup> Os dois dispositivos que mais tratam especificamente do tema, a 5ª e a 6ª emendas, são silentes quanto ao trânsito em julgado.

<sup>24</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p.91.

<sup>25</sup> Ibid., p. 87-88.

<sup>26</sup> Ibid., p. 98.

<sup>27</sup> Ibid., p. 106-107.

expressas da própria Constituição, somente através da ponderação da necessidade da prisão no caso concreto, a prisão provisória/cautelar do artigo 312 do CPP, que se poderia justificar a privação da liberdade fora do trânsito em julgado, entendimento adotado por Britto:

(...) desde que a Justiça, com base nesse critério inafastável da necessidade da custódia provisória, fundamente o seu decreto constritivo da liberdade física do indivíduo, e o faça em qualquer das hipóteses do artigo 312, o que se espera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é o prestígio de tal decisão. Com o que teremos a conciliação entre valores constitucionais de primeira grandeza: a liberdade individual, de um lado, e o postulado da justiça penal eficaz, de outro. Mas justiça penal eficaz que não se alcança com o sacrifício do devido processo legal<sup>28</sup>.

Prosseguindo ao exame do voto de Barbosa, há também o argumento de que, após a Emenda Constitucional (EC) nº 45, os Recursos Extraordinários somente poderiam ser conhecidos se transcendessem os interesses subjetivos dos autores e passassem a ter repercussão geral na ordem econômica, social e política, o que, conforme teria demonstrado, não seria a grande maioria dos REs. Por isso, o Ministro afirma que seria necessário compatibilizar o art. 5º, inciso LVII, da CF com tal exigência, de modo que patente a vontade do Constituinte Reformador a possibilitar a execução antecipada<sup>29</sup>.

Contudo, a compatibilização entre direitos e princípios se dá justamente através da ponderação, o que afasta a ideia da execução antecipada da pena. Outrossim, se possibilitada, o direito à presunção de inocência, representado especificamente na Constituição Federal pela ausência de culpa até o trânsito em julgado, seria, por essa razão, abolido. Assim, não se poderia argumentar em compatibilização em decorrência a emenda constitucional, haja vista a mencionada natureza de cláusula pétrea dos direitos individuais adotada pela Constituição Federal.

A questão, então, não seria resolvida através da anulação de um direito, mas sim de uma melhor operacionalização da Justiça no país de forma a aumentar a celeridade processual. Um dos passos para tanto, de fato, foi a inclusão da repercussão geral como necessidade para conhecimento do Recurso Extraordinário, mas ainda isso não seria o que, acabaria, por si só, com a morosidade processual e a confusão judicial que se vive no país. Isso, porque, em parte, o alto número de recursos e a consequente longevidade processual é decorrente da própria dimensão atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, mas também pelo cada vez mais expansivo comportamento da corte, expresso nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização.

Conforme definido pelo atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso, Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 109.

<sup>29</sup> Ibid., p. 97-98.

para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo<sup>30</sup>.

De caráter por vezes semelhante, mas não idêntico, o ativismo judicial também implica uma participação mais intensa do Judiciário e proativa do judiciário para a concretização dos direitos fundamentais e demais dispositivos e valores constitucionais, às vezes cobrindo um vazio deixado pelos entes políticos, mas também até mesmo agindo em confronto em relação a eles. Por isso, enquanto a judicialização está mais relacionada ao desenho institucional e ao exercício de competências amplas, mas postas, o ativismo judicial envolve mais a postura do próprio intérprete<sup>31</sup>, relacionado muitas vezes ao exercício insatisfatório pelos outros Poderes de suas competências particulares.

À primeira vista, até seria possível imaginar que o voto vencedor estaria adotando uma postura ativista, visto que agindo contra o legislador ordinário e, sob certo ponto de vista, até mesmo contra o Constituinte Reformador. Contudo, as posições seriam opostas: foram os argumentos favoráveis à execução antecipada que mencionam, principalmente, porque não estavam exercendo o papel tradicional de “legislador negativo” que os tribunais constitucionais desempenham, mas sim adotantes de uma postura proativa, de interpretação expansiva da constituição, às vezes contrário ao que expressamente outros dispositivos atribuem ou comandam. Como se pode esperar, isso está sujeito a problemas, seja pela falta de pluralidade nas decisões de indivíduos que não são representantes eleitos, ou até pela capacidade efetiva de um órgão concentrar tantas funções em si e as exercer satisfatoriamente.

Contudo, o tema será mais aprofundado mais à frente, quando no segundo julgamento marcante sobre o tema, o HC nº126.292, o Tribunal, meramente passados sete anos sobre tema importantíssimo de direitos humanos, reverteu seu posicionamento para possibilitar a “prisão em segunda instância”, na esteira das intensas, mas compreensíveis e necessárias, cobranças que a sociedade civil vinha fazendo contra a impunidade.

### **2.3. CONCLUSÃO QUANTO AO HC Nº 84.078**

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal finalmente fixou no plenário o entendimento de que a execução antecipada de sanção penal, mais especificamente, a pena privativa de liberdade, enquanto pendente o trânsito em julgado, era contrária ao que dispunha o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Decisão de caráter extremamente necessário, face os perigos que uma desuniformidade em tema tão importante de direitos humanos pode conter, mas que não foi unânime e, com a mudança na composição da Corte e a pressão externa maior sobre ela para que fossem sinais de combate à impunidade, principalmente a de colarinho branco, não foi capaz de prevalecer.

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 430.

<sup>31</sup> Ibid., p. 430-435.

Ainda assim, demonstrou, como se pôde perceber, que havia argumentos extremamente fortes contra a execução antecipada e que deveria prevalecer incólume o referido dispositivo da Constituição Federal face a ponderações que pudessem diminuir o alcance de dispositivo que expressamente não o permitiria. Cumpriu, assim, apesar de por um curto período, o papel de corte constitucional, de coibir excessos legislativos e de autoridades inclusive do próprio judiciário.

Não se busca, com isso, difamar ou criticar os partidários da execução antecipada. O combate à impunidade, principalmente dos mais poderosos, que possuem maior acesso às vias recursais, é caro a toda ordem jurídica que queira se legitimar, principalmente no contexto nacional de constituições de curta duração, para que ela seja efetiva e cumpra seus propósitos, inclusive aquele do artigo 3º, inciso I, de se “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e não corra o risco de ser interpretada como um ordenamento de “faz de conta”, não vinculante, ou seja, uma “Constituição Simbólica”, que se presta somente para aplacar as demandas sociais, mas não concretizá-las<sup>32</sup>. Conforme leciona Marcelo Neves:

Embora Direito e Política tenham sempre uma dimensão simbólica, há variáveis instrumentais relevantes em ambos sistemas. A própria força normativa da legislação depende de uma combinação de variáveis instrumentais e simbólicas. E todo sistema jurídico funciona com base em ambas variáveis. O problema surge quando há efeitos hipertroficadamente simbólicos da legislação, em detrimento de sua eficácia instrumental-normativa. Enquanto a legislação simbólica atinge apenas setores específicos do sistema jurídico, a constitucionalização simbólica, pela maior amplitude do âmbito material e pessoal de vigência do Direito constitucional, atinge o núcleo do sistema jurídico, comprometendo toda a sua estrutura operacional e a sua própria autonomia/identidade<sup>33</sup>.

Portanto, é importante sim combater a criminalidade, a impunidade e a corrupção, a própria Constituição o necessita para que seja efetiva, mas não se pode fazer isso sacrificando a própria. Conforme argumentou Gilmar Mendes em seu voto:

Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: fiat justitia, pereat res publica<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> RIANI, Frederico Augusto d’Avila. **A Efetividade da Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: s.n., 1998, p.32.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. P. 5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>. Acesso: 06/06/2023.

<sup>34</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado em 26/02/2010. P. 159. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso: 01/06/2023.

A partir disso, há de se seguir, então, à análise do acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.292, julgado em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, responsável pela mudança jurisprudencial sobre a possibilidade de execução antecipada de sentença penal condenatória, em um contexto de grande insatisfação da população com a impunidade, do grande impacto da Operação Lava Jato e de uma continuidade dos argumentos presentes nos votos divergentes do HC nº 84.078.

### **3. O STF NO HC Nº 126.292**

#### **3.1. MUDANÇAS NO CONTEXTO HISTÓRICO E HERMENÊUTICA**

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 126.292. Tratou-se de recurso impetrado por réu cuja condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que expediu mandado de prisão contra aquele sem a motivação da necessidade de prisão preventiva, ou seja, determinou a execução antecipada da pena. À época do julgamento, o contexto social no país e a composição do tribunal eram diferentes daquele de 2009.

Já não eram presentes os Ministros César Peluzo, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Meneses Direito e Ellen Gracie, com a entrada dos Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Luiz Fux. Em sua maioria, então, os membros do tribunal não eram os mesmos do julgamento do HC nº 84.074, onde foi decidida que a execução antecipada da sentença penal condenatória era inconstitucional.

Não que isso devesse ser totalmente responsável pela mudança de entendimento em uma corte constitucional, visto que se trata não de um mero conjunto de pessoas com opiniões, mas uma instituição. Ainda que a interpretação do direito não seja um fenômeno de mera subsunção, mas antes disso, um “círculo hermenêutico”, onde o intérprete já compreendeu antes de decidir, ou seja, já possui uma ideia do direito, visto que

O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. Veja-se que, já desde sempre, a hermenêutica exurgida a partir da invasão da filosofia pela linguagem coloca em cheque a cisão dual-estrutural que mantém o positivismo, isto é, de que existam descrições e prescrições. Na descrição já existe prescrição. O olhar externo do positivismo exclusivo, para falar apenas do “positivismo duro” já vem impregnado por aquilo que o positivismo quer evitar: a impregnação do direito pela moral. Assim, ter uma posição que exclua a moral do direito já é, por si, uma posição moral.

Tudo isto porque temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo

que exsurgerà a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete<sup>35</sup>.

Por isso, o intérprete está ligado à realidade histórica em que se vive, porque é dela que extrai sua realidade, que por sua vez lhe dá o sentido. Contudo, isso não significa que o intérprete emite atos de vontade, visto que a aplicação do direito, apesar da dificuldade metodológica, não é, e nem pode ser, arbitrária. Na verdade, o intérprete realiza uma decisão, não uma escolha, conforme quando Lenio Streck, inspirado por Dworkin e Rombach, leciona que

Por tudo isso, é fácil afirmar que uma sentença judicial é um ato de decisão e não de escolha. É um ato de poder, em nome do Estado. Dworkin diz que a sentença é um ato de responsabilidade política. Por isso mesmo é que a sentença não é uma mera opção por uma ou mais teses. Nesse sentido, Heinrich Rombach deixa claro que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles – acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Segundo o autor, decidir é diferente de escolher. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim, estrutural. “Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira”.

No caso da decisão jurídica (sentença), é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade da comunidade política. Isso significa, em termos dworkinianos que a decisão é um ato de responsabilidade política. É por isso que a jurisdição, em um quadro como esse, não efetua um ato de escolha entre diversas possibilidades interpretativas quando oferece a solução para um caso concreto. Ela efetua “a” interpretação, uma vez que decide – e não escolhe – quais os critérios de ajuste e substância (moralidade) que estão subjacentes ao caso concreto analisado. Portanto, há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico.

Para uma hermenêutica (constitucional) preocupada com a democracia, é necessário evitar discricionariedades, decisionismos e a correção moral do direito. Nessa seara, o dever de fundamentar – que é mais do que motivar – não é simplesmente um adereço que será posto na decisão. Tampouco será uma justificativa para aquilo que o juiz decidiu de forma subjetivista-solipsista, substituindo o direito pela moral, política ou economia ou até mesmo suas opiniões pessoais. O Estado Democrático e a Constituição são incompatíveis com modelos de motivação teleológicos do tipo “primeiro decido e só depois busco o

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica Constitucional*. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>. Acesso: 12/06/2023.

fundamento”. Superado o paradigma subjetivista, é a intersubjetividade que será a condição para o surgimento de uma decisão (ver Verdade e consenso, sexta edição, pela Saraiva). Nesse sentido, o juiz deve controlar a sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública (doutrina, jurisprudência, lei e Constituição). As suas convicções pessoais são – e devem ser – irrelevantes para a decisão. Por isso, a decisão judicial não é fruto do pensamento pessoal ou da “consciência do julgador”. Se a decisão jurídica for fruto de uma “hermenêutica pessoal-solipsista”, obviamente já estaremos falando de hermenêutica, e, sim de uma “interpretação como ato de vontade”. Decisão nesse sentido será nula<sup>36</sup>.

Dessa forma, uma mera alteração nos quadros do STF não seria legitimadora para que o posicionamento do tribunal fosse alterado, ainda mais se considerado que se passaram meramente nove anos entre os julgados. Não haveria, aqui, uma mudança, uma mutação no sentido da Constituição Federal. A única possibilidade, então, seria uma mudança radical no quadro fático que motivasse uma mudança no sentido da interpretação, uma mudança do conceito do trânsito em julgado ou dos valores e demandas da sociedade.

No caso, o conceito de trânsito em julgado não foi alterado, então seriam os valores da sociedade, ou melhor as demandas ou acontecimentos posteriores, de tal forma diversos que não haveria uma alternativa senão uma superação do entendimento anterior?

À primeira vista, é possível pensar que isso poderia ter ocorrido, afinal de contas, o país vinha desde 2013 em um estado geral de manifestações contra a corrupção e a situação que se vivia no país, que inclusive levou à subsequente queda do impopular governo de Dilma Roussef em 2016<sup>37</sup>. Com isso poderia se pensar que o país não suportava mais a impunidade, a corrupção e que, por decorrência, a Constituição também não suportaria este quadro.

Contudo, apesar das aparências, não há, aqui, fato novo. O país é corrupto e pune os mais fragilizados com mais força desde a sua criação, não se saiu de um estado de coisas outrora constitucional para outro que não o é mais. A experiência democrática do país, na verdade, é o fato mais recente e, como apontará o Ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento em 2016:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> 13 de junho de 2013: a noite que durou 10 anos. **BBC NEWS BRASIL**, 12 ag. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0j5125089do>. Acesso: 12/06/2023.

submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

Dessa forma, não há, aqui, uma mudança de paradigmas em relação a 2009 que justificasse um novo entendimento por parte do STF, que, como órgão não somente colegiado, mas que figura na cúpula do Poder Judiciário e é, ao mesmo tempo, tribunal constitucional, precisa manter uma postura como instituição. O que ocorreu, em verdade, foi o aumento da pressão popular por reformas e uma mudança nos paradigmas nacionais, o povo, antes mero espectador que por ora “assistia bestializado”<sup>38</sup> acontecimentos de relevo na política nacional, passou a ocupar um espaço de maior contestação face as elites políticas, econômicas e a própria aplicação da lei, que deveria ser mais igualitária.

Pôs-se, então, em uma crise de confiança nas instituições e em seus instrumentos. Inevitavelmente, questionamentos também surgiram em torno da própria Constituição Federal e do regime democrático<sup>39</sup>, visto que passados quase 30 anos de democracia, ainda havia (e há) muito a se progredir, inclusive no tocante à concretização da própria Constituição. Entretanto, é justamente nestes momentos que se pode apurar qual é a força normativa de uma constituição, quando os seus pressupostos fáticos já não são mais favoráveis à sua aplicação.

Quem leciona isso é o próprio Konrad Hesse, citado, inclusive, no voto do Ministro Luiz Fux, quando ele, como se verá, infelizmente, decidir pela constitucionalidade de se executar pena de forma antecipada<sup>40</sup>. De qualquer forma, dizia o mestre alemão que

Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses

---

<sup>38</sup>Ninguém defendeu a monarquia? **Uol**, ag. 2019. Disponível em:

<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/historia-ninguem-defendeu-monarquia.phtml>. Acesso: 12/06/2023.

<sup>39</sup> Protestos contra o governo reúnem cerca de 1,7 milhão nas capitais e no DF, segundo a PM. **Época Negócios**, abr. 2015. Disponível em:

<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/03/acompanhe-os-protestos-pelo-pais.html>. Acesso: 12/06/2023.

<sup>40</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado em 17/05/2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso: 13/06/2023. P. 70.

pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real<sup>41</sup>.

Nesse sentido, somente em situações adversas, os “estados de necessidade”, que a constituição tem sua força normativa assegurada, ou sucumbe em face da Constituição real.

São essenciais, assim, pressupostos de conteúdo, ou seja, a correspondência com o “estado de espírito” de determinado período e local, bem como outras questões relacionadas aos dispositivos constitucionais que impactam a sua maior execução e necessidade de reforma, como uma constituição mais enxuta ou que preveja de forma mais adequada o próprio “estado de necessidade”<sup>42</sup>.

Da mesma forma, são também indispensáveis os pressupostos de práxis, isto é, a mencionada “vontade de constituição” citada por Hesse quando foi comentado o primeiro julgado acima, que seria a consciência da necessidade de se manter um ordenamento por meio de atos de vontade, elemento importante da vida do Estado e de qualquer sistema normativo. Mais, no caso do exercício da atividade jurisdicional, não há nem de se falar em atos de vontade, mas sim, conforme bem pontuou Streck, em atos de decisão.

Somente com a conjugação de ambos estes pressupostos, então, uma constituição poderá manter sua força normativa face ao estado de necessidade.

A aplicabilidade disso ao caso se mostra quando a população se volta contra a impunidade e corrupção e exige mudanças concretas, que causa uma tensão entre o conteúdo do artigo 5º, inciso LVII, com tais anseios, visto que é inegável que os poderosos possuem maior acesso aos tribunais superiores e poderão abusar do sistema recursal para evitar a execução da pena. Nesse caso, qual deveria ser a práxis, não só do STF, mas de todos os entes do Estado brasileiro, para garantir a força normativa da Constituição?

Como uma democracia, deveriam os governantes e o Poder Legislativo atuar para melhorar o sistema processual penal no país, preenchendo as lacunas que permitem os abusos no sistema recursal, como o número de recursos e as causas de interrupção de prescrição, ou simplesmente aceitando

---

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

<sup>42</sup> Ibid., p. 133-134.

que a Constituição necessita de reformas para manter sua força normativa. Inclusive, teria sido isto o que foi proposto pelo então Ministro Cezar Peluso, quando posteriormente ao julgamento do HC nº 84.078, comentado no capítulo anterior e cujo voto foi no sentido do provimento do HC para obstar a execução antecipada da pena, tentou a aprovação de PEC no sentido de possibilitar a execução da pena a partir da segunda instância com a mudança, pelo Constituinte Reformador, do conceito de trânsito em julgado<sup>43</sup>.

O judiciário, principalmente o STF, deve, por outro lado, buscar dar efetividade à Constituição, não somente através da criação de normas para o caso concreto via Mandado de Injunção, mas também pela interpretação que respeite os próprios dispositivos constitucionais. Não deveria o órgão, por pressão social, reaver seu entendimento, visto que se trata de um tribunal constitucional, cujo dever é a preservação do próprio documento que instituiu e definiu suas atribuições. Assim, deve atuar, no Brasil, como defensor da democracia e dos direitos fundamentais, inclusive contra a própria maioria, visto que o governo meramente da maioria não é uma democracia, mas sim a oclocracia, o governo das multidões, a opressão através da maioria, cujos sentimentos e anseios são tão diversos quanto voláteis.

Caso contrário, se agisse conforme queria a multidão, não estaria o Supremo Tribunal Federal cumprindo um pressuposto de práxis conforme proposto por Hesse, mas sim se dobrando perante a “Constituição real”, ou seja, estaria admitindo que a Constituição Federal é pedaço de papel sujeito aos fatores reais de poder, na linha do descrito por outro estudioso, de entendimento diametralmente oposto ao de Hesse: Ferdinand Lassalle<sup>44</sup>.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, em linha com seu dever de defensor da Constituição, deveria agir no sentido da preservação máxima do direito à presunção de inocência. Do contrário, estaria prejudicando a própria força normativa da constituição que busca preservar, posto que, o STF não conseguirá, por si só, tornar as normas constitucionais operantes e efetivas. O tribunal não possui a capacidade material de criar uma realidade diferente da presente, mas tão somente assegurar que a Constituição, como diploma vinculado a uma realidade histórico-concreta, dirija as forças que já se encontram no plano fático.

A competência de reformar o sistema processual penal e de introduzir estatutos voltados ao combate da corrupção era, a princípio, dos Poderes Executivo e Legislativo, democraticamente eleitos, pelo que a persistência em

---

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 78.

<sup>44</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p.41.

tal entendimento só contribuiria para o descrédito do sistema como um todo e da Constituição que o fundamenta. Ademais, caso se remeta a operacionalização do conteúdo constitucional a um tribunal, estaria se renunciando a uma parcela significativa da própria Constituição, que prevê um regime democrático e republicano.

A propósito, houve, ao menos em parte, concessões por parte dos demais poderes em relação às demandas sociais: em 2013, foi promulgada a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), importante instrumento no combate à corrupção e crimes de “colarinho branco”, que se aplicada corretamente pelos tribunais, assim como demais dispositivos infralegais e constitucionais, trariam mudanças extremamente positivas no combate à impunidade, como o artigo 102, §3º, onde:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros<sup>45</sup>.

Com isso, não somente seriam valorizadas as instâncias originárias, como também seria mantida a higidez do texto constitucional face a sua complexa e difícil complicação. Não se ignora que tal ponto foi ressaltado por diversos ministros quando em votos a favor da execução antecipada da pena, quando argumentam que os recursos extraordinários são justamente a via da exceção e, por isso, não se prestariam a modificar o entendimento sobre a culpa, conforme muito bem salientou o Ministro Joaquim Barbosa no seu voto descrito acima, mas quando a Constituição é tão expressa, em letras tão claras, que somente há culpa formada após o trânsito em julgado, não outra decisão cabível senão a cumprir fielmente e diligentemente. Novamente, é muito compreensível se insurgir contra algo tão nefasto como a corrupção e a impunidade no país e, também é natural que surjam entendimentos e votos que sejam favoráveis à execução antecipada, afinal de cotas, somos todos humanos, com uma visão limitada e diversa sobre a realidade e demais conhecimentos, inclusive jurídicos, conforme também muito bem apontado pelo Ministro Edson Fachin, quando parafraseia o Ministro Robert Jackson, da Suprema Corte americana:

Não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada.

---

<sup>45</sup> República Federativa do Brasil. **Constituição Federal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 13/06/2022.

Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra<sup>46</sup>.

Feitas essas considerações sobre qual seria a postura esperada do Supremo Tribunal Federal em face de uma situação adversa para a aplicação da Constituição Federal, agora, passa-se ao exame sobre, como, na prática, o tribunal tratou o tema.

### 3.2. ENTENDIMENTOS PARADIGMÁTICOS

Quanto aos Ministros que permaneceram na Corte desde o julgamento do HC nº 84.078, somente houve mudança de entendimento por parte do Ministro Gilmar Mendes. Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski mantiveram seus posicionamentos contrários à execução da sentença penal condenatória, com a adição da Ministra Rosa Weber aos que compartilhavam de tal entendimento. Dessa forma, votaram a favor da execução da pena (e, por decorrência, pela denegação da ordem de *Habeas Corpus*), os Ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, ou seja, sete ministros foram favoráveis à mudança de entendimento do STF em relação à aplicação do artigo 5º, inciso LVII, da CF, enquanto quatro ministros foram favoráveis à manutenção do entendimento estabelecido no HC nº 84.078.

Para o Ministro Teori Zavascki, Relator da causa, a execução antecipada da pena seria possível com base em argumentos muito semelhantes àqueles realizados no HC anterior. Segundo o Relator, os órgãos superiores não analisam os fatos e o juízo de culpabilidade se realiza nas instâncias originárias, pelo que a presunção vai se elidindo progressivamente no decorrer do processo. Da mesma forma que Joaquim Barbosa apontou em seu voto no julgamento anterior, o aproveitamento dos Recursos Extraordinários impetrados pelos réus seria muito baixo, pelo que serviriam mais para atrasar a execução da sentença. Além disso, haveria países que, mesmo consagrada a presunção de inocência, seria permitida a execução da pena antes do trânsito em julgado, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Alemanha e, no caso brasileiro, haveria outros recursos mais adequados, como o *habeas corpus*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado em 17/05/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso: 13/06/2023. P. 20.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 4-19.

Ainda, menciona um argumento interessante, relacionado à prescrição decorrente da pendência dos apelos extremos:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal<sup>48</sup>.

Seguidamente, votou o Ministro Edson Fachin acompanhando o Relator. Além dos argumentos supracitados, Fachin teceu um panorama das funções do STF segundo a Constituição. Ainda que tivesse funções um tanto diferentes daquelas exercidas pelas tradicionais cortes constitucionais europeias, a exemplo da sua função originário, elas seriam a exceção, visto que o sistema recursal do país teria estruturado o Supremo como órgão além da revisão de injustiças do caso concreto<sup>49</sup>:

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

(...)

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais. Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo<sup>50</sup>.

Por isso, para Fachin, uma interpretação literal do dispositivo seria muito restrita, pelo que deveria ser substituída por uma interpretação mais sistemática para se buscar o equilíbrio entre as normas:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

---

<sup>48</sup> Ibid., p.18.

<sup>49</sup> Ibid., p. 21-23.

<sup>50</sup> Ibid., p. 23-24.

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição<sup>51</sup>.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, teria também ocorrido uma mutação constitucional:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado<sup>52</sup>.

Isso, porque o julgado anterior teria, para Barroso, aumentado a seletividade do sistema penal brasileiro, ao deixar de punir os mais ricos e prender os mais pobres, bem como prejudicaria as finalidades da pena e aumentaria a descrença na Justiça, pelo distanciamento entre a prática do delito e a punição definitiva e pelo aumento massivo nas prescrições. Ademais, Barroso também menciona as estatísticas para afirmar que somente 0,5% das decisões do STF são absolutórias, de modo que permitir a execução antecipada da pena prestigiaria as instâncias ordinárias e conferiria um grau maior de funcionalidade ao sistema<sup>53</sup>.

Somados a estes efeitos que, para o Ministro, se mostrariam fortes o suficiente para justificar a mudança no entendimento, haveria também fundamentos jurídicos que mostraria que a Constituição, na verdade, permitiria a execução da pena antes do trânsito em julgado. Em uma interpretação em conjunto com outros dispositivos constitucionais como o artigo 5º, inciso LXI, Barroso acredita que “é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão”<sup>54</sup>. No caso, o inciso LXI possui a seguinte redação:

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 21-22.

<sup>52</sup> Ibid., p. 35.

<sup>53</sup> Ibid., p.33-35.

<sup>54</sup> Ibid., p.36.

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Tal dispositivo, aliado à situação da prisão para fins de extradição, expulsão ou deportação, bem como o inciso LXVI do mesmo dispositivo, que prevê que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, de modo que:

Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa.<sup>55</sup>

Portanto, para Barroso, o fundamento para a prisão no Brasil não seria a existência do trânsito em julgado, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, do mencionado inciso LXI do artigo 5º da CF, que se prestaria para prevenir a prisão administrativa, salvo a disciplinar em âmbito militar<sup>56</sup>.

O Ministro também retoma o argumento da ponderação de princípios, onde esses seriam diferentes das regras, que seriam ou cumpridas ou descumpridas pela subsunção, mas sim “mandados de otimização”, que admitiriam o seu cumprimento em maior ou menor medida, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, sem que isso lhes afete a validade.

Na situação presente, Barroso afirma que a efetividade da lei penal serviria para proteger diversos outros direitos da sociedade e bens jurídicos, como vida propriedade etc. além de ter seus próprios objetivos de prevenção geral (desestímulo à prática de outros crimes pelos demais membros de uma sociedade pela imposição da pena) e a específica (desestímulo à reincidência pela pena. Por isso, haveria princípios que estariam sendo prejudicados pela absoluta aplicação da presunção de inocência, o que seria resolvido pela ponderação.

Nessa ponderação, a força do princípio da presunção de inocência vai se perdendo à medida que o processo avança e a formação da culpa do réu vai se solidificando, de modo que, quando o processo chega nos tribunais

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 37.

<sup>56</sup> Ibid., p.36.

superiores, não se discutiria mais a culpa em si, visto que não se trataria de reexame dos fatos, mas simplesmente se a lei e a constituição foram aplicadas de forma devida. Com isso, por força dos demais princípios, seria proporcional restringir a aplicação da presunção de inocência, o que se reforçaria pela utilização da proporcionalidade não somente para proibição do excesso, mas também pela proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais, havendo assim uma dupla dimensão, tanto negativa quanto positiva da proporcionalidade, de modo que o Estado precisaria proteger os demais bens jurídicos consagrados na constituição pela efetividade da lei penal<sup>57</sup>. Isso, para Barroso, não significaria um endurecimento e expansão do direito penal, pois citando a máxima de Beccaria:

A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade<sup>58</sup>.

Barroso, aponta, também, que haveria fundamento de ordem infraconstitucional para a execução antecipada, porque o artigo 312 do código penal prevê que

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Por isso:

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário. Presentes estas hipóteses, pode o Juiz decretar em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

(...)

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal<sup>59</sup>.

Por fim, o Ministro conclui sua exposição mencionando seus fundamentos pragmáticos, que seriam relevantes porque haveria uma dimensão política na interpretação de da jurisdição constitucional e nos casos difíceis, sendo impossível a criação de uma norma somente através de relatos abstratos, sem integração entre texto e realidade. Para Barroso,

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 40-43.

<sup>58</sup> Ibid., p.43.

<sup>59</sup> Ibid., p. 45.

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa<sup>60</sup>.

Nessa dimensão pragmática, estariam aquelas consequências citadas anteriormente que a execução somente após o trânsito em julgado teria causado: aumentos na seletividade do sistema penal brasileiro e na descrença na Justiça, além do prejuízo ao equilíbrio e funcionalidade do sistema penal<sup>61</sup>. Então, a forma de solucionar tais questões seria a volta ao entendimento anterior.

Ainda de acordo com o Relator, votou o Ministro Luis Fux. Para o Ministro, a coisa julgada se faz também em capítulos, pelo que os tribunais superiores, por não reanalisarem os fatos, acabam por solidificar essa parte no processo, de modo que a questão da culpa se enquadraria nessa qualificação:

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento<sup>62</sup>.

Além disso, para Fux, a interpretação que o STF fazia à época não estava de acordo com o “sentimento constitucional” da população, sendo necessário abandonar o precedente para evitar a incongruência social e a permanência de uma situação teratológica, até por uma questão da manutenção da força normativa da constituição, citando Hesse:

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 49-50.

<sup>61</sup> Ibid., p. 49-53.

<sup>62</sup> Ibid., p. 59.

segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores<sup>63</sup>.

De maneira semelhante ao exposto pelos demais Ministros que votaram pela denegação da ordem, também entendeu a Ministra Cármen Lúcia, pela qual a Constituição prevê que ninguém será considerado culpado, o que seria diferente de ser considerado condenado, no sentido de ninguém poderia ser condenado até prova em contrário. Com isso, as consequências jurídicas extrapenais da culpa somente poderiam ser havidas após o trânsito, enquanto a execução da pena, não:

Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o 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 de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais<sup>64</sup>.

Nessa seara, por fim, também votou o Ministro Gilmar Mendes. Diferentemente dos demais, Mendes entendeu, no primeiro julgamento, que a execução antecipada de sentença penal condenatória era inconstitucional. Contudo, para o Ministro, questões como a Declaração de Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, que veda a candidatura quando ocorre condenação em tribunal, independente de trânsito em julgado<sup>65</sup>; a inexistência de vedações por parte do Direito Internacional, a experiência prática no país da impunidade, que estaria prejudicando todo o sistema jurídico do país, seriam responsáveis por uma necessidade de se rever o entendimento:

Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável, porque nós estamos falando da prescrição longi temporis, a mais ampla que se pode imaginar, mas eu me deparei com isso em Pernambuco, em que, em vários casos, teve-se de fazer mutirão, porque, veja, algo que seria impensável, que é a possibilidade de ter-se prescrição em função desse alongamento. O que realmente acaba comprometendo todo o sistema<sup>66</sup>.

Além disso, também adere à questão da relativização da presunção de inocência no decorrer do tempo na medida que ocorrem sucessivas condenações e na certeza maior da autoria/culpa do réu:

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” –

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 60.

<sup>64</sup> Ibid., p.61.

<sup>65</sup> Ibid., p. 68.

<sup>66</sup> Ibid., p.74.

art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável<sup>67</sup>.

Ademais, com o fracasso da PEC de autoria do ex-ministro Cezar Peluso que encurtaria o trânsito em julgado e, pela forma que os demais países tratam a execução da pena na fase instrutória, o Brasil estaria impossibilitado de fazer coisa semelhante somente com o dispositivo da prisão provisória, pelo que seria necessário permitir a execução antecipada da pena:

Quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão<sup>68</sup>.

### 3.3. VOTOS CONTRÁRIOS E O PREJUÍZO CONSTITUCIONAL

Como se expôs no capítulo 3.1. acima, a única interpretação possível do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, seria no sentido da possibilidade de execução de sentença penal condenatória apenas após o trânsito em julgado. Isso, porque não houve mudança radical no quadro fático do país que resultasse em mutação constitucional e, porque a hermenêutica constitucional não admite visões de todo fechadas na mera subsunção, nem também aquelas meramente valorativas oriundas de teorias subjetivistas, cada país possui seu próprio ordenamento e experiências históricas que lhes motivam interpretações diversas sobre a realidade e lhes criam seus próprios conceitos jurídicos. Por isso, quando defronte de uma norma como o referido dispositivo, não poderia o intérprete, em uma visão de se fazer justiça aos olhos de uma parcela da população, basicamente lhe afastar a aplicação quando ele é expresso no que exige. Ademais, quando um tribunal muda seu posicionamento de forma tão abrupta (em um sentido histórico) em um tema tão sério como direitos fundamentais, qual seria a imagem de seriedade, segurança e impessoalidade que tal instituição passaria ao povo e aos demais atores estatais? Qual seria a força normativa de uma Constituição que se dobra sob qualquer pressão, força que pode vir de ambos os lados e, cujo movimento não partiu nem daqueles cujo Estado atribui o Poder para reformá-la e expressar a vontade popular ou lidar com questões políticas, mas sim daquele que deveria preservá-la.

Em um adendo a tais questões de natureza retórica, é importante lembrar uma advertência que o Ministro Eros Grau, um dos responsáveis pelo entendimento firmado no HC nº 84.078, realiza em uma obra sua de nome muito auspicioso, “Por que tenho medo dos Juízes”:

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 67.

<sup>68</sup> Ibid., p. 75.

O intérprete está vinculado pela objetividade do direito, não à minha ou à sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito<sup>69</sup>.

Perigoso, assim, utilizar a ponderação sem a devida consideração dos riscos que tal instrumento/método possui, como a indeterminação do direito e juízos que, apesar de calcados em valores universais, possuem peso subjetivo. Ou seja, há de se observar para que a interpretação não seja um "escudo ocultando medidas individuais"<sup>70</sup>. Mais: o Juiz deve ser coisa-juiz. Ao vestir a toga, deve também se transformar em uma representação do comportamento esperado de um juiz, o que ele representa. Deve, assim, deixar ao máximo seus valores de lado e aplicar o direito<sup>71</sup>. Se a previsibilidade do direito e das relações são partes constituintes do sistema, qual será o ponto de ruptura, onde o direito, quando aplicado com base em juízos de valores individuais, se mostrará inapto para lhe dar sustentação<sup>72</sup>?

Não se poderia, então, adotar um entendimento que parta de um pressuposto que o direito sempre esteve lá, que se pode compreendê-lo com base nos seus valores, que seriam imutáveis. Também, é necessário lembrar das lições de Hesse, quando a Constituição, apesar de fruto de uma realidade histórico-concreta, também atua para moldar tal realidade, sendo condicionada e condicionante. Por isso, errado, outrossim, se acreditar que uma canetada do intérprete criará a realidade que ele idealizada, como diz o provérbio romano: *ubi societas, ibi jus*, sociedade e direito estão presentes simultaneamente.

Nessa linha, por exemplo, o entendimento do Ministro Marco Aurélio é de grande pontualidade, quando vota para manter o entendimento estabelecido e prover o HC sob o argumento que

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra 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.

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, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto<sup>73</sup>.

Também na mesma linha do que foi exposto, para o Ministro, quando a Constituição é tão expressa, não outra opção para o intérprete senão cumprir aquilo que ela exige, sob os riscos de relativizar todas as disposições do texto constitucional.

---

<sup>69</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 21.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>73</sup> Supremo Tribunal Federal, *op.cit.*, p. 77.

Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

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

Portanto, o argumento que a Constituição não exige o trânsito em julgado para executar a sentença penal condenatória não merece prosperar. Inclusive, os exemplos citados por ele para justificar a prisão são referentes a outras espécies deste gênero. Execução de pena é fundada na culpa, que se não está formada, não pode ocorrer.

Como se verá no próximo e último julgamento, parece que o bumerangue de fato retornou a quem o arremessou. Em 2019, passados apenas três anos do julgamento do HC nº 126.292, qual foi a grande crise que teria motivado outra mutação constitucional? Ou foi, na verdade, o fato do STF ter se exposto demais à política e, em um momento que a pressão popular já não estava forte e a Operação Lava Jato foi desmoralizada pelo vazamento de mensagens entre o Juiz Sérgio Moro (que já vinha sendo criticado desde que havia entrado na política em 2018) e o Procurador Deltan Dallagnol, que o combate à corrupção não era mais tão popular<sup>74</sup>?

Apreço maior, portanto, deveria ter sido dado à Segurança Jurídica. Entre 2009 e 2016, uma multitude de réus foram beneficiados pelo posicionamento adotado no HC nº 84.078 para que pudessem recorrer em liberdade. Difícil aceitar, então, que, por uma questão de entendimento, se pudesse privar de tantas pessoas direito tão caro quanto à liberdade. Conforme mencionou Ayres Britto em 2009, não como se reparar tal dano.

Dessa forma, foi realmente acertada a postura da Ministra Rosa Weber, que em prol de tal princípio, decidiu a favor da concessão da ordem:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado.

(...)

---

<sup>74</sup> Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava-Jato. **VEJA**, jul. 2019. Disponível em: [Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato | VEJA \(abril.com.br\)](https://www.veja.com.br/novos-dialogos-revelam-que-moro-orientava-ilegalmente-acoes-da-lava-jato/). Acesso: 14.06.2023

Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal<sup>75</sup>.

No mais, apesar de Barroso ter realizado afirmações realmente muito pertinentes sobre o estado do direito penal do país e sobre as questões práticas que precisam ser resolvidas, não seria através de uma mera mudança de entendimentos por parte do Judiciário, algo que Weber foi clara:

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto<sup>76</sup>.

Outro ponto, levantado recorrentemente pelos Ministros favoráveis pela execução antecipada, foi a questão da experiência de outros países democráticos, que a permitem. Contudo, à parte de países como a Alemanha, Itália e Espanha, que conheceram os horrores do fascismo, não se pode generalizar a experiência dos outros países a ponto de equipará-los ao Brasil, que somente saiu do autoritarismo explicitamente e constitucionalmente institucionalizado na década de 80. Por isso, a forma que os princípios que protegem os direitos humanos estão expressos na Constituição, apelidada aqui de “Constituição Cidadã”, é muito mais incisiva e determinante.

De forma semelhante entendeu o Ministro Celso de Mello em seu voto:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência.

(...)

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita<sup>77</sup>.

Por fim, encerra os argumentos no HC nº 126.292 contrários à execução da pena enquanto não há trânsito em julgado o Ministro Ricardo Lewandowski, com uma afirmação de perplexidade, e outra de cunho sociológico:

---

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal, op.cit., p. 55.

<sup>76</sup> Ibid., p. 57.

<sup>77</sup> Ibid., p. 88-92.

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.

Eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade<sup>78</sup>.

Aqui, há de se notar um argumento importante: se as consequências práticas de uma decisão importam, então prender uma multidão de pessoas e colocá-las em um Estado reconhecidamente inconstitucional certamente seria contrário à constituição. Ainda, se levado mais a um uso inadequado da ponderação, como realizado nos votos paradigmáticos acima, de forma extremada, se chegaria a uma conclusão diametralmente oposta: que todas as normas penais no país seriam inconstitucionais, porque o direito penal no país está em Estado de Inconstitucionalidade e se mostra incapaz de atingir seus fins, pelo que seria nulo.

Ademais, a última afirmação de Lewandowski infelizmente parece se mostrar acertada, quando a Ministra Cármen Lúcia dá valor maior aos efeitos extrapenais da condenação do que o seu próprio efeito penal.

### **3.4. CONCLUSÃO QUANTO AO HC Nº 126.292**

Pelo que se expõe, então, não há como se duvidar que o Supremo Tribunal Federal errou em rever o seu entendimento de 2009 ao permitir a execução da pena sem trânsito em julgado. A Constituição era expressa, os princípios, se corretamente analisados, mostravam que era inconstitucional a permitir, assim como uma interpretação que realmente prestigiasse a força normativa do texto constitucional. O STF, ao realizar o contrário, provou que se dobrou aos “fatores reais de poder”, ainda que inadvertidamente e de um modo até compreensível, dadas a hercúlea tarefa de se concretizar a Constituição Federal no país.

Afirmar que algo é compreensível, contudo, não é confirmar que está certo e, da mesma forma, também foi compreensível que o Supremo tenha alterado seu posicionamento novamente em 2019, mas se acredita que, novamente, não foi porque houve uma mutação constitucional ou uma

---

<sup>78</sup> Ibid., p.98.

verdadeira correção no entendimento, e sim porque houve o plano fático simplesmente já não era tão favorável ao entendimento de 2016, passados meros três anos entre um e outro.

Segue-se, então, à análise do julgado responsável por mudar, mais uma vez, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de se realizar a prisão enquanto não ocorrido o trânsito em julgado: as ADCs 43, 44 e 54, julgadas em sete de novembro de 2019. Antes disso, sempre cabe lembrar que não se busca desmoralizar o papel do STF e os seus Ministros de forma individual, posto que a sabedoria divina é inalcançável aos mortais, como Ícaro sentiu em seu mito – o que um jurista poderia fazer seria meramente tentar interpretar a “mensagem divina” (a realidade e os dispositivos normativos), representada pelo seu mensageiro que a traduz, Hermes (a percepção). Há aqueles, contudo, que possam acreditar que possuem o saber de toda a realidade, que a Hermenêutica lhes pertence, mais, que podem alterar a realidade como desejarem. Somente alguém com poderes absolutos, acima do povo, o poderia, somente, para os mortais, um autocrata, um *divus princeps*, um César o poderia, mas em uma república, isso é inaceitável, pois a virtude republicana pertence a Catão.

Da mesma forma, a causa vitoriosa (o poder) agrada aos deuses (os césores, os autocratas e aqueles que acreditam que possuem controle total sobre o direito) e a realidade, mas a causa derrotada agrada a Catão. Em situações que se está diante de um César, a república, assim como a constituição que a instituiu e serve para a garantir, devem possuir seus defensores. No caso, tal papel deve ser do Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição, em seu artigo 102, *caput*, lhe garantiu, precipuamente, a guarda. Assim, ainda que as situações fáticas, a vontade popular, seja mais favorável a certo entendimento, o STF, na condição de tribunal constitucional e na medida que o conteúdo da Constituição seja capaz de lograr em realidade, deve se manter firme. Do contrário, não se tem força normativa da constituição.

Deve, então, o tribunal, apesar de tentador e fácil, se atentar para que não se torne um “undecenvirato”: 11 indivíduos com o controle da República, acima do Senado, das assembleias e dos demais magistrados, estes sim representantes do povo, ainda que limitados pelas leis e pelo Constituinte Originário. A interpretação da Constituição é tarefa difícil e, como bem apontou o Ministro Marco Aurélio, exige autocontenção.

#### **4. STF NAS ADCS 43, 44 E 54**

##### **4.1. CONTEXTUALIZAÇÃO**

Se no julgamento do HC nº 126.292 em 2016 o Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal se encontravam pressionados pelas demandas sociais em relação ao combate da corrupção, em 2019 a situação adquiriu contorno muito mais radicalizado. Conforme se percebe em trechos de vários votos e falas dos Ministros, houve intensa preocupação com a polarização social em relação ao tema, bem como pela necessidade de se evitar que isso contaminasse o debate, a exemplo do voto de Rosa Weber:

(...) o pano de fundo da discussão nessas três ADCs é a dita execução antecipada ou provisória da pena, à luz do art. 5º, LVII, da nossa Lei Fundamental, tema altamente polêmico e de delicadeza extrema. Aliás, não lembro de outro, na hermenêutica constitucional, que tenha merecido, e polarizado, a atenção da sociedade brasileira como este, cada cidadão a defender o que reputa a melhor interpretação do texto constitucional, a ponto de muitos evocarem, com maior ou menor propriedade, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Habermas.<sup>79</sup>

De maneira semelhante, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Gostaria, ainda e, por fim, de desfazer o que considero um equívoco. Esse debate não tem nada a ver com opinião pública. Uma das formas que se tem encontrado de desqualificar os que defendem a manutenção da possibilidade de execução da condenação depois do segundo grau é afirmar que se trata de tese para agradar a opinião pública, que constitui populismo judicial, que constitui punitivismo ou que constitui moralismo. Essa é apenas uma das faces da intolerância, da inaceitação do outro, da obsessão pelas próprias convicções.

Na outra face da intolerância - porque ela tem duas faces -, estão os que acham que os que defendem o modelo antigo têm pacto com a impunidade, querem proteger os amigos ou os clientes, ou vivem da ganância de lucrar com crime alheio.

A crença de que quem pensa diferente de mim só pode estar a serviço de uma causa sórdida ou escusa é uma forma primitiva de viver a vida. Gritos e ofensas não mudam opiniões nem, muito menos, mudam a realidade. É a frase feliz do Bispo Desmond Tutu: "Não levante a voz, melhore o argumento". Portanto, é preciso partir do pressuposto de que todos estejam bem-intencionados e preocupados em fazer o melhor.

Pois bem, opinião pública é um conceito volátil que muda com as nuvens, ela não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma. E menos ainda serve o clamor público; os conceitos relevantes aqui são outros. São justiça, direitos fundamentais e interesse público. E eles precisam estar presentes em qualquer sociedade que não deseje regredir ao estado de natureza<sup>80</sup>.

Por fim, também se manifestou o Ministro Gilmar Mendes:

E o grande teste, discutimos muita essa questão da segunda instância tendo como pano de fundo o caso Lula. O caso Lula, de alguma forma, contaminou todo esse debate, tendo em vista essa politização. E isto acabou não sendo bom para um debate racional.

Eu, inclusive, sou chamado, nas redes sociais, por esses grupos que estão aí, de um corifeu do petismo, já fui acusado de muita coisa<sup>81</sup>.

Nota-se que, além do quadro de insatisfação popular com a impunidade e corrupção, houve o impulso à polarização devido à prisão do outrora à época,

---

<sup>79</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADCs nº 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado em 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>. Acesso: 16/06/2023. P. 131.

<sup>80</sup> Ibid., p. 101.

<sup>81</sup> Ibid., p. 334-335.

mas atualmente ocupante do cargo, Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, cuja prisão foi possibilitada pelo entendimento firmado no julgado anterior. Além disso, houve, como se mencionou, o vazamento de mensagens trocadas entre o Ministério Público e o Juiz Sérgio Moro, que danificou a imagem da Operação Lava Jato e, por decorrência, dos seus instrumentos que lhe foram essenciais, como a execução antecipada da pena, que, como se tratou, atingiu o próprio Lula.

Como se o quadro não se demonstrasse instável o suficiente, um dos próprios impetrantes de uma das ADCs (a de número 43), o Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), resolveu atacar, na tribuna, a própria constitucionalidade do dispositivo legal que impetrou a ação para defender: o artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>82</sup>, de seguinte redação à época:

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.

Tal dispositivo foi inserido no ordenamento em 2011, após o STF julgar o comentado HC nº 84.078, em que reconheceu que a execução de sentença penal condenatória sem trânsito em julgado era inconstitucional. Tratou o legislador, então, de positivizar o entendimento por meio do aludido artigo, cuja redação é muito assemelhada (praticamente uma junção) ao que dispõe o artigo 5º da Constituição Federal em seus incisos LVII e LXI:

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

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei<sup>83</sup>;

Contudo, conforme tratado no capítulo anterior, o STF passou a admitir a execução antecipada da pena após o julgamento do HC nº 126.292, o que teria colocado em dúvidas a constitucionalidade do artigo em questão, que somente foi mencionado brevemente durante o voto do Ministro Barroso e sem tratamento específico quanto a sua validade<sup>84</sup>.

Por isso, foram impetradas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que foram julgadas em conjunto. Ou seja, o Supremo foi chamado, em uma situação um tanto singular, para decidir se uma norma que reproduzia preceito constitucional e sentido que foi estabelecido

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 29.

<sup>83</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 16/06/2022.

<sup>84</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado em 17/05/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso: 16/06/2023. P. 39.

pelo próprio órgão em um julgamento pretérito era compatível com a Constituição Federal.

Apesar de em muitas ocasiões haver a repetição dos mesmos argumentos já tratados anteriormente, a temática foi muito mais aprofundada. Além disso, apesar de apenas ter ocorrido a entrada de um membro novo no tribunal, o Ministro Alexandre de Moraes, que passou a ocupar a vaga do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal decidiu alterar, novamente e após passado meros três anos, seu entendimento quanto à possibilidade de se executar antecipadamente a pena ao declarar que o dispositivo era constitucional, de modo que impossibilitada a execução antecipada da pena por norma infralegal, mas cuja expressão representa o alcance do princípio da presunção de inocência.

Ficou lavrada, então a seguinte ementa:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória<sup>85</sup>.

#### 4.2. A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

Durante o julgamento das ADCs, votaram favoráveis aos pedidos de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP (e, por decorrência, que a execução antecipada da pena era inconstitucional) os Ministros Marco Aurélio Mello (Relator), Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, enquanto votaram para conferir interpretação conforme ao dispositivo ou declarar a sua inconstitucionalidade (e, por decorrência em ambos os casos, permitir a execução antecipada da pena), os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Conforme mencionado, sendo que a profundidade com a qual o tema foi tratado foi notável, com a participação de grande número de *Amicus Curiae* e argumentação farta.

Não se nega que o tribunal acertou em sua decisão de retornar ao entendimento estabelecido no HC nº 84.078. Como se depreende de tudo exposto até o momento, a execução antecipada da sentença penal condenatória é claramente inconstitucional: o inciso LVII do artigo 5º é explícito em afirmar a presunção de inocência até condenação transitada em julgado, estabelecendo, ele próprio, a fase sobre a qual tal presunção é elidida, o que, como se vê, não ocorre, perante a Constituição, de forma gradual.

---

<sup>85</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADCs nº 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado em 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>. Acesso: 16/06/2023. P. 02.

Por isso, ao contrário do que foi afirmado, a interpretação mais apegada à literalidade não alça o direito à presunção de inocência a patamares absolutos, visto que ela mesma já lhe limita. É uma ponderação feita pelo próprio Constituinte, o que lhe confere um peso ainda maior quando colocada face a outros princípios.

Tal entendimento foi exposto de maneira muito bem colocada pelo Ministro Celso de Mello em seu voto para dar procedência ao pedido:

Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétreia, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “*status poenalis*”, a ostentar a condição de culpado<sup>86</sup>.

Por isso, estariam equivocados, ainda que munidos de grande força, argumentos como o do Ministro Barroso, que defende que:

(...) depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida sobre autoria e materialidade. Não é possível produzir provas depois e, portanto, se já não há mais dúvida de que o crime foi cometido e de que aquele é o autor, considero um mandamento de ordem pública que se dê cumprimento à decisão<sup>87</sup>.

Ainda quanto à ponderação, não se nega que a norma do inciso em comento carrega, dentro de si, um princípio. Contudo, isso não pode servir de pretexto para que ela seja relativizada, como se não prescrevesse um limite explícito à atividade estatal, ou seja: não se poderia negar que tal dispositivo também comportaria uma regra.

É a Ministra Rosa Weber, com amparo em Rui Barbosa, que tratará do tema com grande especificidade e autoridade:

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a “presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”, o que de modo algum é o caso, com a devida vênia, do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete.

Ao postular a imperatividade das normas constitucionais definidoras de direitos, Rui Barbosa já exprimia a compreensão de que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos”.

---

<sup>86</sup> Ibid., p. 365.

<sup>87</sup> Ibid., p. 112-113.

Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.

*Data venia* dos esforços hermenêuticos empreendidos, nenhuma das laboriosas e sofisticadas exegeses consegue se livrar do problema hermenêutico de interpretar um texto de modo a lhe retirar a eficácia.

(...)

Entendo que a decisão judicial deve se apoiar não nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade<sup>88</sup>.

Por essa razão, argumentos que tentam submeter o dispositivo a uma ponderação com o intuito de relativizar sua aplicação sob a tese de que lhe falta a especificidade de uma regra também estariam equivocados, a exemplo do argumento de Barroso, empregado desde o segundo julgado e repetido aqui:

Em segundo lugar, a presunção de não culpabilidade ou de inocência é um princípio constitucional. É inequívoco que é um princípio constitucional, porque, se ela fosse uma regra, eu não poderia prender provisoriamente<sup>89</sup>.

Seria o artigo 5º, inciso LVII, da CF, então, tão explícito que não haveria outro significado possível de se extrair de seu conteúdo. Ou seja, seria unívoco, conforme acertadamente defendeu o Ministro Marco Aurélio, de modo que interpretação diversa seria um absurdo no caso presente, posto que, do contrário, se declararia que um dispositivo infraconstitucional, que possui respaldo e reproduz preceitos constitucionais, seria inconstitucional:

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do habeas corpus nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do habeas de nº 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverteu-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 171-172.

<sup>89</sup> Ibid., p. 110.

alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania<sup>90</sup>.

Ainda que seja argumentado que a presunção de inocência teria significado plurívoco, conforme defendeu o Ministro Fachin, através de uma profunda análise histórica das motivações e redações que culminaram por introduzir o dispositivo da forma que está pelo Constituinte<sup>91</sup>, isso não se demonstraria, porque conforme citou de forma muito enfática a Ministra Rosa Weber,

Poderia, o Constituinte de 1988, ter-se limitado a reproduzir a fórmula segundo a qual ninguém será preso, ou conservado em prisão, sem “culpa formada”, com as ressalvas expostas, contida na Constituição Imperial, de 1824 (art. 179, VIII), e reproduzida na Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 14) e na Constituição do Estado Novo, de 1937 (art. 122, § 11).

Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresso, ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Conforme lembra muito bem Eros Grau,

Ocorre que o legislador dos exegetas, titular dessa vontade, e o Deus dos teólogos são uma e a mesma pessoa, já que, como anota Vernengo [1977:85], seus atributos são indiscerníveis. Em uma palavra: o legislador dos exegetas é Deus; e como o legislador é Deus, o direito positivo é sagrado. Essa doutrina, assim, nos conduz de retorno ao passado e à recusa de qualquer mudança (social e jurídica), pois o passado é imutável. No seu bojo o direito instrumenta o governo dos vivos pelos mortos [Wróbleski 1985:76]

Assim, a referência “à vontade do legislador”, que apenas se pode explicar como um caso de misonéismo [Maximiliano 1957:44], perde qualquer sentido. A interpretação constitucional, no nível linguístico, é interpretação semântica, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidas no texto da Constituição. Vale dizer: refere-se a “normas reveladas por enunciados linguísticos” - não a intenções ou vontades do texto ou do legislador constituinte”, estando, como observa Canotilho [1987:148], condicionada pelo contexto, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados “usos” linguísticos, decisivamente operantes na atribuição de significado.

O texto normativo costuma ser mais inteligente do que quem o escreveu<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Ibid., p. 33.

<sup>91</sup> Ibid., p.72-82.

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 81-83.

Por isso, muito arriscado se ater ao que o legislador, seja o Constituinte Originário ou o Derivado, porque a norma não é criada no texto, mas na própria interpretação, de modo que, por motivos outros que a contextualização e a compreensão da realidade histórico-concreta, ela não é a condicionante maior do intérprete, que está ligado à sua realidade presente. De acordo com Lenio Streck:

Tudo isto porque temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete<sup>93</sup>.

Como o intérprete enxerga a realidade através do contexto em que está inserido, natural que conceitos possam evoluir de acordo com as mudanças da percepção de significado de conceitos ou da evolução do mundo factual. Contudo, isso não implica que o intérprete está submetido à moral ou ao que a população entender como o que a constituição deveria ou não significar ou permitir, sob o risco de a descaracterizar. Nesse ponto, o voto de Lewandowski prestigia mais a Constituição:

Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, ela jamais poderá vulnerar os valores fundamentais sobre os quais se sustenta.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais<sup>94</sup>.

Ainda, a lembrança que o Ministro faz em seu voto se mostra também mais adequada à força normativa da constituição que as posturas defensoras de uma equivalência entre o sentido da norma e a moral ou uma nova suposta realidade:

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos

---

<sup>93</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica Constitucional*. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>. Acesso: 16/06/2023.

<sup>94</sup> República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADCs nº 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado em 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>. Acesso: 16/06/2023. P. 248.

como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais<sup>95</sup>.

E esse respeito às normas constitucionais como saída para a crise de aplicação do direito penal não se daria na forma como proposta pelo Ministro Fux em seu voto, quando afirma com base em Hesse que

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a proibidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, seguindo-se o sempre valioso escólio de Konrad Hesse (...) em textual:

“[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”.

Em outras palavras, ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do âmbito normativo vigente, ou se anulará a força normativa do sistema jurídico, mediante análise puramente formalista, divorciada da realidade social que pretende regular<sup>96</sup>.

Na verdade, o respeito à força normativa da constituição se daria na forma descrita pela Ministra Rosa Weber, que das muitas lições dadas em seu voto, especifica que:

A tutela jurisdicional do regime jurídico das liberdades individuais, imanente à seara penal, há de ter como pressuposto a primazia da Constituição Federal, instituidora de um **Estado Democrático de Direito** marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque todos os Poderes da República têm a sua origem e fundamento na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do Poder Constituinte derivado.

Além disso, é necessário frisar que um regime constitucional democrático não prescinde do reconhecimento, senão da soberania, pelo menos da centralidade política e institucional do Poder Legislativo, expressão que é da vontade popular que representa. Trata-se, pois, de

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 252.

<sup>96</sup> Ibid., p. 232-233.

valorar no plano constitucional o próprio sufrágio, base da legitimidade de toda decisão política.

(...)

Por outro lado, Luigi Ferrajoli observa, a respeito da Constituição brasileira, que ela “de um lado, (...) abriu uma promissora perspectiva de desenvolvimento futuro do constitucionalismo, formulando o seu modelo normativo da maneira mais avançada. De outro, ela promoveu uma expansão do papel do poder judiciário que, se não formo acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do estado de direito”.

Em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação aos seus representantes e o descrédito da atividade política entre os brasileiros atinge níveis lamentavelmente elevados, uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidas, não é difícil ficar tentado a uma interpretação do texto Constitucional que lhe subtraia garantias e proteções.

Vale lembrar que a história universal é farta de exemplos de que a erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções – moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção e à impunidade etc.

Sem desconsiderar o caráter eminentemente político das relações entre os Poderes, tendo em vista o resguardo à própria ideia de democracia, fundamento maior da República, a interpretação da Constituição, todavia, deve reconhecê-la como unidade textual, sistema completo (embora não fechado), cujo sentido jurídico e coerência são encontrados nela própria. Repito: o sentido da norma constitucional há de ser extraído, primordialmente, dela mesma, tomada como sistema.

O caráter criativo da interpretação do direito efetuada pelo Poder Judiciário encontra limites intransponíveis, em primeiro lugar, na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do *rule of law*, instituições ínsitas ao regime democrático. Por este motivo, a integração normativa deve ser determinada – e legitimada – por um comando constitucional expresso. A hermenêutica constitucional e normativa, enquanto técnica jurídica, não tem os olhos vendados para os desenhos institucionais, afirmados na Constituição, que asseguram a própria continuidade da existência de uma República que se atribui a qualificação de democrática<sup>97</sup>.

Apesar de, a primeiro momento, não transparecer, a concordância maior com os pressupostos que garantem a força normativa da constituição se dá quando se reflete sobre o papel da constituição como ordem jurídica fundamental de uma sociedade.

Uma constituição, para Hesse, necessita atender a certas funções para que possa conformar dada realidade. Uma destas é a produção de unidade política, isto é, o consenso social de uma instituição que seja capaz de representar, exprimir e concretizar seus anseios, a via estatal. Para que tal

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 167-170.

unidade política ocorra, contudo, é necessário um direcionamento, um papel ordenador, que permita uma atuação estável, impedindo o abuso das competências atribuídas aos órgãos, ao mesmo tempo em que lhes garanta unidade política imprescindível para que haja efetiva cooperação entre eles. Tal seria, então, a função da constituição como ordem jurídica fundamental.

Importante ressaltar que a Constituição como ordem jurídica fundamental é essencial para a referida formação de unidade política, posto que garante de maneira cristalina os procedimentos para a atuação do Estado, bem como sua atualização face os novos componentes do meio, conferindo-lhe estabilidade e unidade, além de assegurar que os poderes atribuídos estão sendo exercidos conforme foram concebidos. Conforme Hesse:

O que seja “Constituição”, no sentido da pergunta aqui suscitada e delimitada, é algo que só pode ser concebido a partir da tarefa e da função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nesta aparecem como objetivos inescusáveis a unidade política e a ordem jurídica<sup>98</sup>.

Por isso, o Judiciário, quando se interpõe na competência no Poder Legislativo para lhe negar a constitucionalidade do exercício de sua função legislativa (ponderar princípios em caráter abstrato, inclusive a nível constitucional) que, no caso destas ADCs, estava somente especificando o que a própria constituição garante, estaria o Judiciário usurpando competência que não lhe foi conferida pela constituição, o que prejudica a própria função dela como ordem jurídica fundamental e, por decorrência, lhe causa o descrédito e o prejuízo de sua força normativa. De maneira não diversa concluiu a Ministra Weber na sua citação acima, mas cuja reprodução é importante:

A tutela jurisdicional do regime jurídico das liberdades individuais, imanente à seara penal, há de ter como pressuposto a primazia da Constituição Federal, instituidora de um **Estado Democrático de Direito** marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque todos os Poderes da República têm a sua origem e fundamento na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do Poder Constituinte derivado.

Além disso, é necessário frisar que um regime constitucional democrático não prescinde do reconhecimento, senão da soberania, pelo menos da centralidade política e institucional do Poder Legislativo, expressão que é da vontade popular que representa. Trata-se, pois, de valorar no plano constitucional o próprio sufrágio, base da legitimidade de toda decisão política<sup>99</sup>.

Portanto, se a Constituição Federal conferiu ao Legislativo o papel de Constituinte Reformador e de legislador infraconstitucional, não cabe ao

---

<sup>98</sup> HESSE, Konrad. **Conceito e Particularidade da Constituição**. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p.78.

<sup>99</sup> Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 167-168.

Supremo prejudicar a própria ordem jurídica fundamental a título de sua defesa.

Isso exige, contudo, uma postura consciente do papel do intérprete constitucional, como se afirmou nos capítulos anteriores. Não poderia o Supremo, por mera alteração na sua composição dos seus membros, alterar o entendimento e prejudicar a segurança jurídica em uma área tão cara como a liberdade individual. Novamente, cita-se a correspondência com o entendimento de Rosa Weber em seu voto:

Conforme já afirmei mais de uma vez nesta Corte, compreendido o Tribunal como instituição, entendo que a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. Daí minha postura de, ao exercício da jurisdição constitucional, como regra manter a jurisprudência da Corte, ressalvadas as situações de necessária atualização.

A segurança jurídica consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. A imprevisibilidade é, por si só, elemento capaz de degenerar o direito em arbítrio.

(...)

E minha postura, frente ao estado da arte naquele momento, foi a de acatar o entendimento sedimentado pelo Plenário, vale dizer, a de decidir em conformidade com a jurisprudência do STF, em atenção ao dever de equidade que há de nortear a prestação jurisdicional – (treat like cases alike – tratar casos semelhantes de modo semelhante) –, e em respeito ao princípio da colegialidade - meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência -, hoje positivada no art. 926, caput, do CPC/2015, e em respeito ainda à impessoalidade e à eficácia das decisões desta Corte em processos de índole objetiva, como já ressaltai incontáveis vezes<sup>100</sup>.

Tal apreço à segurança jurídica, conforme bem definiu a Ministra, não se traduz na impossibilidade de se alterar o entendimento, ainda mais quando, conforme se demonstrou, o STF cometeu um equívoco na aplicação da norma constitucional, ao interpretar uma situação de mutação constitucional entre os julgamentos de 2009 e 2016 que não existia, além de ter agido em prejuízo da força normativa da constituição com a expansão da sua atuação em competências que não lhe foram conferidas por meio de uma postura ativista. Outrossim, caso o órgão tivesse sido mais coerente em suas decisões, não teria, decerto, ter criado clima de instabilidade da qual se fez vítima, ao ter adotado entendimento que causou polvorosa em meio social somente para depois ter de “voltar atrás” quando já em clima polarizado.

Tanto é que causam grande preocupação algumas das frases dos Ministros, que expõe o clima de tensão à qual o tribunal se submeteu por, em parte, suas próprias ações:

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 159-161.

Saliento, inicialmente, a importância desse julgamento e a dolosa desinformação, o radicalismo político e as exacerbadas paixões ideológicas que geraram um absurdo, inédito e ofensivo grau de desrespeito, ofensas e ameaças ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a seus Ministro e a seus familiares, muito acima das necessárias e salutares manifestações imprescindíveis em uma democracia<sup>101</sup>.

Por isso, ainda que a mudança de entendimento para declarar a vedação à execução antecipada da sentença condenatória seja bem-vinda, há, de forma explícita, prejuízos à ordem constitucional decorrentes da postura inadequada, mas compreensível, que o tribunal adotou ao ir além de suas competências e abraçar o ativismo judicial de uma “supremocracia”.

### 4.3. “SUPREMOCRACIA” EM CRISE?

“Supremocracia” é um termo cunhado pelo jurista Oscar Vilhena Vieira que consiste no:

Poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição<sup>102</sup>.

Em medida similar aos conceitos de ativismo judicial e judicialização, a supremocracia decorre em parte devido ao desenho realizado pelo Constituinte de 1988, à “arquitetura institucional da corte, mas também da postura assumida pelos próprios ministros do STF”<sup>103</sup>. Ou seja, é, ao menos em parte, “uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira”<sup>104</sup>. Dessa forma, se assemelha mais ao ativismo judicial na forma descrita por Barroso no capítulo 2.2 acima.

Como se pôde observar nos julgados acima, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se fez presente principalmente nos dois últimos julgados analisados (HC nº 126.292 e ADCs nº 43, 44 e 54), onde, a despeito de já existir precedentes sobre o tema e até mesmo norma editada pelo legislador dentro das suas competências (há de se lembrar que o art. 283 do CPP foi introduzido em 2011, ou seja, antes de ambos os julgados), assim como dispositivo oriundo do Constituinte originário calcado em cláusula pétreia, o tribunal clamou para si a função de definir (e alterar, frisa-se) o ponto de início da execução da sentença penal condenatória. Além disso, também foi notado o equívoco do STF ao assumir tais posições (exceto no último caso quanto ao posicionamento prevalecente) e os riscos que tal comportamento por parte do órgão ocasionam (agravamento do quadro fático pela polarização, falta de legitimidade e impossibilidade de certeza, prejuízo à força normativa da constituição no que tange ao abandono de sua função de ordem jurídica fundamental e dos pressupostos de práxis).

<sup>101</sup> Ibid., p. 48.

<sup>102</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162.

<sup>103</sup> Ibid., p. 209-210.

<sup>104</sup> Ibid., p. 162.

Em linha a isso, Vilhena também advertiu de forma similar para os problemas da supremocracia:

Mesmo assumindo que a Constituição explicitamente transferiu muitas atribuições ao Supremo, há enorme dificuldade em se justificar, da perspectiva democrática, o exercício dessas competências. Além disso, o baixo grau de institucionalização de seu processo decisório, a falta de transparência na elaboração da agenda ou a fragilidade de seu compromisso com os próprios precedentes têm colocado em risco a autoridade do Tribunal. A superação da supremocracia pela ministocracia<sup>105</sup> – o que, como vimos, tem ocorrido com muita frequência – agrava substancialmente as dificuldades de justificação dos poderes do Supremo.

Apesar do debate sobre a redução de competências do Supremo Tribunal Federal e sua arquitetura interna fugir à análise aqui realizada, o modo que ele interpreta as normas e atua como tribunal constitucional foram tratados e identificados como problemáticos no que tange à sua missão de órgão defensor (e, como se decorre, concretizador), da Constituição Federal. Há patente necessidade de uniformização da jurisprudência, como se pode observar pelo instável entendimento sobre a execução antecipada da pena, com o devido apreço à segurança jurídica e a manutenção de uma postura impessoal e institucionalizada pelo tribunal. Além disso, nota-se uma necessidade do tribunal redimensionar sua atuação em relação aos demais Poderes estabelecidos, para que eles possam cumprir (e ser devidamente responsabilizados, inclusive pelo povo, pelo descumprimento ou deficiências) seus desígnios constitucionais.

Nesse aspecto, Vilhena aponta a necessidade dos Ministros “se empenhar em agir de forma mais colegiada, imparcial e com certa discrição” caso estejam dispostos a buscar reconstruir o capital reputacional do STF. Seria possível, dessa forma, melhorar a posição do Supremo, especialmente num momento de “deslocamento do papel moderador assumido pelo Supremo nas últimas décadas em direção, novamente, aos militares”, pelo que “é essencial que o Supremo recupere sua capacidade e sua autoridade, especialmente num momento em que a Constituição está sendo objeto de constantes ataques”<sup>106</sup>, algo extremamente pertinente, como a recente invasão às sedes dos Poderes ocorrida em oito de janeiro exemplificou<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Vilhena define ministocracia como a versão extremada da supremocracia, onde “os ministros individualmente passam a exercer competências conferidas constitucionalmente ao colegiado do Tribunal” (Ibid., p. 209).

<sup>106</sup> Ibid., p. 214.

<sup>107</sup> Manifestantes invadem Congresso, Palácio do Planalto e STF. **Agência Brasil**, jan. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2023-01/manifestantes-invadem-congresso-planalto-e-stf>. Acesso: 16/06/2023.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou, o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente em conferir uma interpretação mais ampla ao princípio da presunção de inocência, estampado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, quando no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078. Isso, conforme se extrai da necessidade de um tratamento humanamente digno no decorrer de todo o processo, a própria determinação do dispositivo e, em última etapa, pelo resultado da ponderação.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao rever seu entendimento quando no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, utilizou-se equivocadamente de premissas como a força normativa da constituição, mutação constitucional e do próprio significado do dispositivo constitucional quando interpretado de forma sistêmica. Com isso, incorreu em prejuízos à própria força normativa da constituição e à sua capacidade e legitimidade de tribunal constitucional. Ainda que tenha revertido seu posicionamento no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, os danos à ordem constitucional e ao próprio STF permanecem, visto que os julgados em comento são somente exemplos de uma situação complexa e problemática que o tribunal se encontra, fruto de suas ações dentro do ativismo judicial e supremocracia.

Por isso, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal, imediatamente, proceda, ao menos, a mudanças em seus padrões decisórios e busque se utilizar de uma hermenêutica mais adequada ao seu papel institucional e impessoal de guardião da constituição, agindo de forma a prestigiar a certeza das decisões, a segurança jurídica, a sua natureza colegiada e a concretização da Constituição Federal em harmonia com os demais Poderes por ela própria instituídos. Essa tarefa pode se apresentar complexa e extremamente difícil, mas face aos riscos que seu abandono pode causar, inquestionável é sua perseguição.

O Supremo Tribunal Federal, dentro de suas vastas competências, não é mais “esse outro desconhecido”, conforme cunhou Aliomar Baleeiro, mas está longe de ser capaz de concretizar, por si só, a Constituição Federal, pelo que necessita compreender suas possibilidades e limites.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado em 26/02/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso: 01/06/2023.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena et. al. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- RIANI, Frederico Augusto d'Avila. **A Efetividade da Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: s.n., 1998.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.
- STRECK, Lenio. Hermenêutica Constitucional. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, abril de 2022. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>. Acesso: 12/06/2023.
- 13 de junho de 2013: a noite que durou 10 anos. **BBC NEWS BRASIL**, 12 ag. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0j5125089do>. Acesso: 12/06/2023.
- Ninguém defendeu a monarquia? **Uol**, ag. 2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/historia-ninguem-defendeu-monarquia.phtml>. Acesso: 12/06/2023.
- Protestos contra o governo reúnem cerca de 1,7 milhão nas capitais e no DF, segundo a PM. **Época Negócios**, abr. 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/03/acompanhe-os-protestos-pelo-pais.html>. Acesso: 12/06/2023.
- República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado em 17/05/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso: 13/06/2023.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2016.
- Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava-Jato. **VEJA**, jul. 2019. Disponível em: [Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato | VEJA \(abril.com.br\)](https://www.veja.com.br/novos-dialogos-revelam-que-moro-orientava-ilegalmente-acoes-da-lava-jato/). Acesso: 14.06.2023.

- República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADCs nº 43, 44 e 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado em 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>. Acesso: 16/06/2023.
- HESSE, Konrad. **Conceito e Particularidade da Constituição**. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.