



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
(MESTRADO)**

NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

**A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE
ACERCA DA SUA MUTAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Maceió/AL
2018

NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

**A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE
ACERCA DA SUA MUTAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

Maceió/AL
2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante

M261i Malta, Nigel Stewart Neves Patriota.

A interpretação do princípio da presunção de inocência: análise acerca da sua mutação no âmbito do Supremo Tribunal Federal / Nigel Stewart Neves Patriota Malta. – 2018.
198 f.

Orientadora: Maria da Graça Marques Gurgel.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 175-198.

1. Direitos humanos e fundamentais. 2. Presunção de inocência.
3. Pena provisória – Execução. 4. Exceção permanente. 5. Mutação constitucional.
I. Título.

CDU: 342.721



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

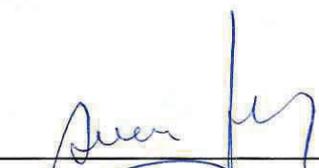
“A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: análise acerca da sua mutação no âmbito do Supremo Tribunal Federal”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. MARIA DA GRAÇA MARQUES GURGEL

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 10,00 Assinatura: 

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 10,0 Assinatura: 

Prof. Dr. Othoniel Pinheiro Neto (convidado externo/UNIT)

Julgamento: Aprovado com 10,0 Assinatura: 

Maceió, 24 de maio de 2018.

*À Mony e Maíta, luzes da minha vida
Dedico.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus**, causa primária de todas as coisas.

Aos meus pais, **Jarbas Patriota Malta** e **Vânia Maria Neves Malta**, por todo carinho e dedicação empreendidos em minha formação. À minha amada companheira, **Mony Cely Oliveira Guimarães** (e à nossa **Maíta** que está a caminho), pelo amor, por ser suporte de todas as horas e pela leitura crítica deste trabalho. Aos demais familiares, na pessoa de meu tio e desembargador **José Carlos Patriota Malta** (Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE), exemplo de profissional, sem o qual minha graduação e demais passos trilhados na carreira acadêmica não seriam possíveis.

Ao desembargador **João Luiz Azevedo Lessa** (Tribunal de Justiça de Alagoas – TJAL), homem da mais rara estirpe, exemplo de humildade e generosidade, profissional de tamanha justeza, com quem aprendo diariamente sobre o direito e a vida. Agradeço pela oportunidade, confiança, compreensão e incentivo ao aperfeiçoamento acadêmico.

À minha orientadora, **Dra. Maria da Graça Marques Gurgel**, pela disponibilidade, paciência, atenção e pela elevada orientação, sem a qual este trabalho não teria sido possível. Agradeço por sua sabedoria em equalizar os momentos de cobrança e liberdade – sempre norteada –, pelos referenciais teóricos indicados e, sobretudo, pela possibilidade de realizar um trabalho de resistência e de luta pelos direitos e garantias constitucionais, hoje cada vez mais vilipendiados.

À banca de qualificação, nas pessoas dos Professores **Dr. Adrualdo de Lima Catão** e **Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima**, pelos questionamentos, críticas, apontamentos, indicações bibliográficas e sugestões de melhorias que certamente foram imprescindíveis ao aprimoramento deste trabalho.

Aos Professores do Mestrado em Direito da FDA/UFAL, pela oportunidade de cursar as suas disciplinas e aprender com cientistas de tamanha competência e sabedoria, meus sinceros agradecimentos: **Dr. George Sarmiento Lins Júnior** (Coordenador do PPGD – Direitos humanos fundamentais), **Dr. Adrualdo de Lima Catão** (Filosofia do direito), **Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima** (Direito penal constitucional / Metodologia da pesquisa jurídica), **Dr. Andreas Joachim Krell** (Direitos sociais, difusos e controle das políticas públicas / Metodologia da pesquisa jurídica), **Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa** (Criminologia, política criminal e direitos fundamentais / Metodologia da pesquisa jurídica), **Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho** (Administração pública e democracia), **Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior** (Direito das famílias na contemporaneidade), **Dra. Maria da Graça Marques Gurgel** (Teoria da constituição no mundo globalizado, com relevo na América Latina) e **Dr. Querino Mallmann** (Direito da propriedade intelectual).

Ao Professor do Programa de Pós-Graduação em Educação – PPGE/UFAL (Mestrado e Doutorado), **Dr. Luis Paulo Leopoldo Mercado** (Metodologia do ensino superior com Tecnologias da Informação e da Comunicação – TIC), grande referencial da área da educação, com quem tive e tenho a oportunidade de aprender sobre a influência e aplicação das tecnologias emergentes no âmbito do direito e da educação.

Ao Professor **Dr. Othoniel Pinheiro Neto**, defensor público e um dos grandes constitucionalistas do estado de Alagoas, por aceitar o convite para ser o examinador externo. Com certeza a sua participação contribuirá de forma efetiva para a melhoria deste estudo.

Aos diletos colegas e amigos da Turma 12 do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, aos quais faço questão de nomeá-los: **Amanda Gabriela Gomes de Lima, Bruno de Lima Acioli, Bruno Oliveira de Paula Batista, Cecília Monte Xavier de Souza, Daniel Allan Miranda Borba, Danilo Moura Lacerda, Douglas de Assis Bastos, Francisco Malaquias de Almeida Neto, Geraldo Magela Freitas Tenório Filho, Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga, Gustavo Guilherme Maia Nobre Silva, Gustavo Henrique Gonçalves Nobre, Janáina Helena de Freitas, Jéssica Antunes Figueiredo, Jéssica Ferreira Nunes, Karinny Guedes de Melo Vieira** (parceira de orientação), **Laís Ramos Barboza, Lucas Teles Bentes, Marcial Duarte Coêlho, Márcio Roberto Torres, Paula Falcão Albuquerque, Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues e Vagner Paes Cavalcanti Filho**, todos excelentes profissionais, professores atuantes e alunos perspicazes, que promoveram debates e discussões sempre pertinentes e profundos. Aprendi muito com todos e registro os meus sinceros agradecimentos.

À juíza de direito **Maria Lúcia Fátima Barbosa Pirauá** e aos desembargadores do TJAL **Fernando Tourinho de Omena Souza** (Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL), **José Carlos Malta Marques, Tutmés Airan de Albuquerque Melo e Washington Luiz Damasceno Freitas**, pelo incentivo constante a seguir na carreira acadêmica.

Aos colegas de trabalho, servidores do TJAL (Gabinete do Des. João Luiz Azevedo Lessa e Direção-Geral), pela convivência, discussões jurídicas e atuação diária, especialmente pelas “coberturas” quando minha ausência se fez necessária em razão dos compromissos do Mestrado.

Ao servidor da Coordenação do Mestrado em Direito da FDA/UFAL **Fabício Miranda**, por ser sempre solícito aos mestrandos nas questões burocráticas e administrativas relacionadas ao PPGD.

Em especial, pela leitura/revisão completa deste trabalho, pelas sugestões apontadas e auxílios, aos seguintes amigos e amigas: **Ana Patrícia Cavalcante Barros, Francisca Brêda de Gusmão Pereira, Rosana Cavalcante Barros Nogueira, Gutenberg Ives Araújo dos Santos, Sidney Wanderley L. Lima e Thiago Lopes Ribeiro Leão.**

Enfim, consigno meus mais íntimos e sinceros agradecimentos a **todos** que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação. **Muito obrigado.**

*"Tudo se torna incerto e duvidoso, visto que as garantias passam a ser negadas pelos próprios sujeitos que as deveriam operar" (Cesare Beccaria)**

* CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias:** uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 293.

RESUMO

Este trabalho objetivou realizar uma análise da interpretação do princípio da presunção de inocência a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP, nas ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44 e no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, que permitiram o retorno da execução provisória ou antecipada da pena, restringindo o alcance da norma prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (1988). A presunção de inocência é uma garantia fundamental assegurada em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ostentando, no Brasil, *status* de princípio reitor do processo penal. Entrementes, nos julgamentos em referência, a Corte Suprema autorizou a possibilidade de início do cumprimento da pena antes da formação da culpa em definitivo, desde que respeitado o duplo grau de jurisdição, tendo, como um dos argumentos, a suposta ocorrência do fenômeno da mutação constitucional. Como subjacentes a essa mudança interpretativa, observou-se o crescimento da criminalidade e da repressão dos órgãos da segurança pública no Brasil, culminando em um momento histórico sem precedentes no país, em que prepondera a cultura do punitivismo e da expansão do sistema penal, com a utilização simbólica da prisão como instrumento resolutivo do crime e do suposto sentimento de impunidade. Foram estudados aspectos da influência midiática e os fenômenos do populismo penal/judicial e do encarceramento em massa, além de questões relacionadas à política criminal no Brasil e a subversão do sistema de garantias, com o protagonismo de medidas de exceção pelo Poder Judiciário, que cada vez mais se agiganta e responde de forma repressiva. Por fim, após realizar uma análise histórico-comparativa, com recorte temporal a partir do Regime Militar (1964), foram verificados os critérios descritos pela doutrina para a aferição das mutações (in)constitucionais comparados e contextualizados com os fundamentos das decisões estudadas.

Palavras-chave: Direitos humanos e fundamentais; Presunção de inocência; Execução provisória da pena; Estado de exceção permanente; Mutação constitucional.

ABSTRACT

This dissertation intended to perform an analysis of the interpretation of the presumption of innocence from recent decisions by the Federal Supreme Court on habeas corpus n° 126.292/SP, declaratory actions of constitutionality n° 43 and 44 and extraordinary appeal n° 964.246/SP, which allowed the return of the thesis regarding the provisional or anticipated enforcement of the criminal sentencing, restricting the reach of the rule of article 5, subsection LVII, of the Federal Constitution (1988). The presumption of innocence is a fundamental guarantee assured by international treaties and conventions of human rights, acting, in Brazil, with a status of a guiding principle for the criminal procedure rules. Meanwhile, through the referenced decisions, the Supreme Court authorized the possibility of the beginning of the criminal penalty before the definitive formation of guilt, as long as it is respected the right for appeal, using, as one of their arguments, the alleged occurrence of the phenomenon of constitutional mutation. Subjacent to this interpretative change, it is noticeable the rise of criminality and repression from Brazilian's public security organs, reaching an unprecedented historical moment in our country, when it prevails a culture of punitivity and expansion of criminal system, with the symbolic use of prison as an instrument to resolve crimes and the sense of impunity. Aspects of mediatic influence, phenomenon of criminal/judicial populism and mass incarceration were also studied, in addition to matters regarding criminal policies in Brazil and the subversion of a system of guarantees, with measures of exception gaining protagonism in the Judiciary, increasingly gigantic and repressive. At last, after a historical-comparative analysis, with a timely clipping limited to the period after the Military Dictatorship (1964), it was verified the criteria used by the doctrine regarding (in)constitutional mutations, compared and contextualized with the arguments of the studied decisions.

Keywords: Fundamental and human rights; Presumption of innocence; Provisional enforcement of a penalty; Permanent state of exception; Constitutional mutation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos;
ADC – Ação declaratória de constitucionalidade;
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade;
ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental;
CF – Constituição Federal;
CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
CNJ – Conselho Nacional de Justiça;
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público;
CP – Código Penal;
CPC – Código de Processo Civil;
CPP – Código de Processo Penal;
DMF – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário;
EDcl – Embargos de declaração;
FGV – Fundação Getúlio Vargas;
HC – *habeas corpus*;
LEP – Lei de Execução Penal;
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil;
ONU – Organização das Nações Unidas;
PEN – Partido Ecológico Nacional;
PET – Petição;
PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade;
RE – Recurso extraordinário;
REsp – Recurso especial;
RHC – Recurso ordinário em *habeas corpus*;
STF- Supremo Tribunal Federal;
STJ – Superior Tribunal de Justiça;
TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Demonstrativo do grau de amplitude conferido pelo STF ao princípio da presunção de inocência (de 1964 a 2018)	149
---	-----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Síntese dos fundamentos dos votos dos ministros do STF, proferidos nos julgamentos do <i>habeas corpus</i> nº 126.292/SP, das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP	141
---	-----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS À PREVISÃO CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES	18
2.1 A presunção de culpa no sistema processual penal inquisitivo e o desenvolvimento histórico da presunção de inocência	21
2.2 A presunção de inocência em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e sua aplicabilidade interna	27
2.3 O processo brasileiro de redemocratização e a inserção da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988	30
2.4 A interpretação da presunção de inocência nos Tribunais Superiores.....	36
2.4.1 A incidência na valoração da circunstância judicial dos antecedentes	39
2.4.2 A permissibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.....	41
2.4.3 A modulação da execução provisória da pena ao exaurimento da instância ordinária....	45
2.4.4 A modulação da não executabilidade provisória das penas restritivas de direito.....	46
2.5 As recentes decisões sobre a presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a problemática dos limites da jurisdição constitucional	47
3 O POPULISMO PENAL E O FENÔMENO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA NO CONTEXTO MUTACIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	50
3.1 A ampla presunção de inocência como filtro necessário à aplicação da pena privativa de liberdade	51
3.2 A criminalidade em alta e a aparente solução apresentada pelo populismo penal	55
3.3 O suposto sentimento de impunidade como guia da opinião pública e a influência midiática na esfera processual penal	62
3.4 O mito da prisão como efetiva resposta às urgências sociais: o fenômeno do encarceramento em massa	70
3.5 O encarceramento dos inocentes	77
4 AS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS DA MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	82
4.1 Os princípios constitucionais penais correlacionados com a presunção de inocência na delimitação do poder estatal	84

4.2 O crescimento no fenômeno prisional e a situação do sistema penitenciário brasileiro	90
4.3 As políticas judiciais desencarceradoras: a implementação das audiências de custódia, os mutirões carcerários e a priorização dos processos com réus presos	100
4.4 A expansão do acesso à justiça e o argumento da não recorribilidade pelos financeiramente hipossuficientes: a restrição à ampla defesa	107
4.5 A imposição de um Estado de exceção permanente	115
5 O FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E REFLEXÕES.....	123
5.1 A atuação do Poder Judiciário na mutação dos valores constitucionais: as mutações constitucionais e inconstitucionais	126
5.2 Panorama da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à presunção de inocência: análise histórico-comparativa das decisões paradigmáticas.....	138
5.3 Os limites semânticos do texto constitucional e a restrição de direitos fundamentais: a presunção de inocência e seu revestimento pelo manto da (i)mutabilidade das cláusulas pétreas.....	151
5.4 A permissibilidade judicial da execução provisória da pena e a função da legislação complementar: da necessidade de interpretação sistemática ao suposto enfrentamento da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal	154
5.4.1 A incongruência com as disposições da Lei de Execução Penal	157
5.4.2 A (in)compatibilidade com o Pacto de São José da Costa Rica e a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos	158
5.4.3 A utilização do direito comparado como fonte subsidiária.....	161
5.5 Vetor interpretativo da presunção de inocência: a dignidade da pessoa humana	163
5.6 O princípio da vedação ao retrocesso aplicado aos direitos individuais	167
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é uma garantia fundamental assegurada em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ostentando, no Brasil, *status* de princípio reitor do processo penal, porquanto expressamente prevista – pela primeira vez – na Constituição Federal (CF) de 1988. Traz consigo considerável carga de historicidade e, conseqüentemente, de lutas por sua consolidação nos mais variados corpos normativos, a demonstrar a sua importância entremeadada na relação entre o Estado e os indivíduos, especialmente no âmbito penal.

Sua dicção literal, extraída do disposto no inciso LVII do art. 5º da CF, estabelece a noção de que a culpabilidade só deverá recair sobre o indivíduo após o trânsito em julgado da condenação criminal, de modo a exigir que a atuação repressiva do Estado aguarde, havendo a interposição dos recursos previstos na legislação pátria, a oportuna avaliação por parte de todas as instâncias jurisdicionais, para só então impor a aplicação da pena cabível, em conformidade com a Constituição e as medidas disciplinadas pelas leis da República.

Caracterizado como um direito indispensável à condição humana, apresenta-se como uma proteção individual perante o arbítrio estatal, objetivando a formatação – ao lado de outros princípios constitucionais – dos limites da atuação repressiva do aparato governamental em face dos indivíduos, afetando, sobretudo, a utilização do processo penal como instrumento reconhecedor da dignidade humana.

Por ser um direito fundamental, questões pertinentes ao seu sentido e alcance foram postas ao crivo do Poder Judiciário em diversas oportunidades. Sobre os resultados levados a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão máximo da jurisdição brasileira –, incide a inquietação acadêmica acerca das posições minimizadoras do direito constitucional à presunção de inocência.

Em recentes julgamentos – a dizer, no *habeas corpus* nº 126.292/SP, nas ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44 e no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP –, a referida Corte Constitucional decidiu, por maioria de votos, pela permissão da chamada execução antecipada ou provisória da pena. A partir disso, flexibilizou a presunção de inocência para autorizar que, após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, seja iniciado o cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado, marco temporal inexoravelmente estabelecido pela Carta da República.

O precedente tem sido objeto de intensas e variadas manifestações e estudos acadêmicos relacionados, inclusive, aos limites da atuação da jurisdição constitucional. Entre

os argumentos utilizados, ganha especial relevo o fundamento da suposta ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, consistente num processo informal de mudança do sentido da norma, sem que haja alteração do texto da Constituição.

Ocorre que esse fenômeno deve ser estudado com parcimônia e acuidade, uma vez que a dogmática estabelece limites à sua caracterização, especialmente quando definida a partir da interpretação judicial, objetivando evitar alterações que descaracterizem ou deturpem a Constituição, através de uma espécie de usurpação do poder constituinte originário.

Paralelamente, observa-se o crescimento da criminalidade e da repressão dos órgãos da segurança pública no Brasil, culminando em um momento histórico sem precedentes no país, no qual prepondera a cultura do punitivismo e da expansão do sistema penal, com a utilização simbólica da prisão como instrumento resolutivo do crime e do suposto sentimento de impunidade.

Essa investida repressiva, capitaneada em discursos políticos e através de meios de comunicação que atingem as massas, pretende legitimar práticas que relembram direitos e garantias fundamentais em prol de um “efetivo” sistema de justiça criminal. Com isso, a atuação do Poder Judiciário vem sendo exposta, sobretudo nos veículos midiáticos e especialmente por força de casos de grande repercussão, em busca da cooptação desse poder constituído à contribuição com o movimento de recrudescimento do seguimento penal.

As discussões refletem a relevância e a polêmica envoltas sobre a temática abordada, uma vez que esse mote guarda vínculo estreito com os direitos fundamentais e sua aplicação contemporânea. Cada vez mais se evidencia a relação com motivações externas à atuação ordinária do Poder Judiciário, com a preterição de normas constitucionais ao pretexto, por exemplo, da defesa social ou da segurança pública.

Com efeito, acerca dessa contextualização, erigem-se algumas indagações que dão origem à presente pesquisa, quais sejam: *i)* Têm sido legítimas e idôneas as decisões do Poder Judiciário que afastam o direito fundamental à presunção de inocência e permitem a execução antecipada da pena, mesmo sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo por subjacente uma resposta à sociedade como forma de combater a criminalidade? *ii)* Tais decisões podem ser consideradas como marco interpretativo da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional na presunção de inocência? *iii)* No cenário da problematização, pode-se considerar que está havendo malferimento ao princípio da vedação do retrocesso?

A partir desses questionamentos, a presente dissertação se propõe a investigar a trajetória da presunção de inocência no âmbito do STF, objetivando responder aos quesitos expostos, por intermédio de revisão bibliográfica e análise documental, realizando uma

análise histórico-comparativa da sua interpretação na Corte Constitucional, com recorte temporal a partir do regime autoritário iniciado no ano de 1964, ao considerar a influência do contexto histórico do período em referência na elaboração da CF de 1988. Contudo, necessário se faz promover o exame de questões criminológicas e de política criminal que circundam o cenário da problematização.

Assim, segmentado em quatro seções que visam à abordagem de todo o conteúdo de forma harmônica e dinâmica, o presente ensaio tem como objetivo geral reflexionar a respeito da construção argumentativa utilizada para justificar a suposta ocorrência do processo informal de alteração da norma constitucional, ou seja, se os fundamentos apresentados pela Corte Constitucional levam efetivamente a uma mutação constitucional, ou se se estaria diante de seu antônimo, isto é, de uma mutação inconstitucional.

Para tanto, a primeira seção aporta, inicialmente, os elementos conceituais acerca da presunção de inocência como direito humano e fundamental e sua contextualização histórica, com ênfase no processo brasileiro de redemocratização; a demonstração do panorama da jurisprudência do STF quanto à interpretação da referida norma constitucional, ao tempo que introduz a discussão acerca dos limites da jurisdição constitucional.

Na segunda seção foi abordada a questão criminológica, discutindo como o populismo penal e o encarceramento em massa coadunam-se com o entendimento minimizador da presunção de inocência, com tratativas a respeito da alta criminalidade, do uso em demasia do aprisionamento e da influência midiática no crescimento de medidas estatais de agravamento do sistema penal, ao ponto de efetivar a prisão de indivíduos formalmente inocentes.

Por sua vez, a terceira seção analisa questões relacionadas às consequências político-criminais da mitigação da presunção de inocência, partindo-se da noção constitucional de um direito penal mínimo – permeado por princípios constitucionais penais que limitam o poder estatal –, até chegar aos reflexos desse entendimento ao sistema de direitos fundamentais, tais como o agravamento do sistema prisional brasileiro – que já apresenta um déficit alarmante na concretização dos direitos humanos – e implicações relativas ao acesso à justiça e à ampla defesa. Tais questões implicam necessariamente a reflexão acerca da imposição de um Estado de exceção permanente no Brasil.

A quarta seção averigua a posição da doutrina acerca da mutação constitucional, ao tempo que propõe uma análise histórico-comparativa, como exposto acima, e específica das últimas decisões do STF, intentando apresentar uma posição fundamentada acerca da motivação utilizada no julgamento, especialmente quanto ao fenômeno estudado; discute acerca da necessidade de incidência, no caso, da interpretação literal e sistemática, bem como

da aplicação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com as normas e órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, refletindo, ainda, sobre a incidência da vedação ao retrocesso.

Por fim, apresenta-se a posição do autor acerca da problematização, calcada nos argumentos despendidos no decorrer da dissertação, a qual foi dividida em seções organizadas numa perspectiva de abordagem do conteúdo de forma dinâmica, correlacionando todos os assuntos de forma íntegra e formalmente fundamentados nas bases teóricas apresentadas através das bibliografias nele utilizadas.

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS À PREVISÃO CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

"El principio clave del proceso penal es la presunción de inocencia. En realidad, es el principio clave de todo el sistema penal" (Jordi Nieva Fenoll).¹

Os direitos humanos podem ser compreendidos como aqueles inerentes à condição humana, diferenciando-se da classificação doutrinária caracterizadora dos direitos fundamentais em virtude de sua anterioridade ao reconhecimento por intermédio do direito positivo, traduzindo-se, pois, como “processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana”.²

São os direitos inseparáveis de todos os seres humanos, “a partir da natureza das coisas e que garantem, legalmente, uma identidade, livre-arbítrio”, além de possibilitar a todos uma existência sem sofrimentos que sejam impostos imotivadamente ou por meios abusivos, constituindo-se em defesa contra violações circunstanciais.³

A expressão direitos humanos, dada a amplitude de sua extensão, relaciona-se “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”.⁴ Daí se extrai a sua característica de universalidade, a qual faz aportar o ideário de uma gama de direitos que visa “à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”.⁵

Sob esse prisma, Comparato defende que “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.⁶

¹ FENOLL, Jordi Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. In: *InDret - Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, jan. 2016. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1203_es.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 4.

² FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. In: **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos (UFSC)**, v. 23, n. 44, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 27.

³ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010, p. 19.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

⁵ *Ibid.*

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

Entretanto, para além do reconhecimento dos direitos humanos em uma escala universal, faz-se importante a sua normatização no âmbito interno dos Estados, sobretudo para facilitar a salvaguarda dos direitos através de mecanismos judiciais em caso de eventuais violações.

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser concebidos numa perspectiva de positivação dos direitos humanos na ordem interna dos Estados, a partir da edição de suas respectivas Constituições⁷, ou seja, são aqueles direitos que, diante da essencialidade à dignidade humana, foram positivados como norma constitucional⁸, ratificando a premissa de que “os direitos fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos direitos humanos”.⁹

Os direitos fundamentais são, pois, “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.¹⁰ Apresentam, os direitos humanos e os direitos fundamentais, a mesma objetivação, a saber, a proteção de “um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”¹¹, refletida na observância aos valores protetivos do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, entre outros.

Decerto, tais direitos trazem consigo diversas características que, ante a essencialidade aos indivíduos e ao equilíbrio da convivência social, permitem a sua diferenciação da legislação ordinária, razão pela qual são alocados, em regra, dentro da estrutura da normatização constitucional, a qual detém valor hierárquico superior, servindo como parâmetro obrigatório às demais espécies normativas presentes no ordenamento jurídico.¹²

No Brasil, com a promulgação da CF de 1988, instalou-se um novo patamar de proteção aos direitos fundamentais. Uma nova positivação, embora já houvesse o seu reconhecimento pela dogmática jurídica, diz respeito à presunção de inocência ou de não culpabilidade, cujo conteúdo normativo busca limitar o poder estatal nos meios de formação

⁷ BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 42.

⁸ RAMALHO, Paula Afoncina Barros. **O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas (UFAL) - Maceió, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/776/1/Dissertacao_PaulaAfoncinaBarrosRamalho_2009.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. In: **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, ano III, n. 12, jan.-mar., 2015, p. 47.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

¹¹ Ibid., p. 56.

¹² CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10201>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

da culpa dos cidadãos acusados de desrespeito à lei penal e na consequente aplicação da pena, através da manutenção do estado de inocência até a decisão final e irrecorrível sobre o mérito da imputação. Assim, da análise do seu teor, por ser compreendido como direito fundamental multifacetário, é possível extrair diretrizes de julgamento, de processo e de tratamento.¹³

Destarte, a partir do marco temporal da Carta Política de 1988, a presunção de inocência passou a ser considerada como direito fundamental expressamente previsto como norma constitucional, em um movimento de ampliação da proteção interna dos direitos humanos.

Vale ressaltar, por oportuno, que, apesar de a expressão presunção de inocência ter se tornado amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência, alguns autores, a exemplo de Mirabete, advertem não ser essa a nomenclatura mais adequada.¹⁴ Por esse motivo, manifestam-se, para tratar da mesma temática, a partir de outras expressões, tais como: inocência presumida, estado de inocência, não culpabilidade, ou ainda, não culpa. Isso ocorre por força dos debates realizados durante a Assembleia Nacional Constituinte, mormente em face da escolha da utilização de terminologia negativa (culpado), em lugar da adoção de texto que refletisse locução positiva (inocente), como a norma é apresentada em diversos tratados internacionais.¹⁵

Com efeito, há defensores de uma interpretação menos abrangente quando a norma é tratada sob a perspectiva de presunção de não culpabilidade, a exemplo do ocorrido na doutrina italiana, em seus primeiros debates sobre a disposição constitucional pertinente, momento no qual se permitiu a presunção de culpa após a instauração do processo penal.¹⁶

Não obstante, tal posição na atualidade é minoritária e, como defendem Távora e Alencar, inconciliável com a ordem constitucional brasileira.¹⁷ Em suma, apesar das divergências doutrinárias acerca da terminologia, afigura-se razoável o entendimento de que não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência ou de não culpabilidade, pois representam apenas variantes semânticas, sendo “inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência

¹³ LINS JÚNIOR, George Sarmento. Presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1998: estudos comemorativos dos seus 20 anos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 243.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

¹⁵ RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência**. 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁶ ILLUMINARE, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013, p. 57.

de tais fórmulas”¹⁸. Sobre isso, Badaró observa que a busca pela diferenciação dos aspectos terminológicos apenas trabalha para “demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito”.¹⁹

Em verdade, a garantia do direito fundamental à presunção de inocência configura-se como norma direcionada ao indivíduo, garantindo-lhe direito oponível ao Estado, afeiçoando-se, desde o seu nascedouro, à concepção defensiva, sendo, pois, um desdobramento natural do direito à defesa e a necessária resistência ao *jus puniendi*²⁰ estatal, de modo que “nenhuma outra presunção pode ser afirmada em matéria penal ou processual penal”, a não ser aquela garantidora do estado de inocência.²¹

Desse modo, adotou-se, no presente trabalho, a terminologia presunção de inocência, sobre a qual se discorrerá, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema. Assentada a posição da presunção de inocência como direito humano e fundamental, posicionada estruturalmente no corpo normativo constitucional, importa revolver o contexto histórico do seu surgimento e sua evolução, sobretudo quanto a sua interpretação e aplicação no âmbito do direito brasileiro.

2.1 A presunção de culpa no sistema processual penal inquisitivo e o desenvolvimento histórico da presunção de inocência

A ideia de presunção de inocência remonta ao direito romano e seus primeiros estágios de desenvolvimento podem ser visualizados nos escritos de Trajano – imperador romano do século II –, muito embora tenha sido severamente afastada, e até mesmo invertida, no período inquisitório da Idade Média. Sobrelevou-se, nesse período, a presunção de culpa²² com a sua respectiva pré-valorização dos elementos do sistema probatório vigente à época.²³

De acordo com Lopes Júnior, a insuficiência de provas implicava a semiculpabilidade do acusado e já era o suficiente para a aplicação de uma pena, ainda que de caráter leve. Na prática, um boato e um depoimento já seriam considerados como uma semiprova e, portanto, suficientes para um juízo condenatório, existindo, em verdade, uma inversão da presunção de

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 16.

¹⁹ Ibid.

²⁰ “Locução latina que designa o direito de punir, que é privativo do Estado. Fazer justiça pelas próprias mãos é crime configurado no art. 345 do Código Penal”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 927.

²¹ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142.

²³ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

inocência. O autor ainda expõe que, “no *Directorium Inquisitorum*, Eymerich orientava que ‘o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação’”.²⁴

Com vigência desde o século XII, o sistema processual penal inquisitório, de alicerce romano-canônico, foi confrontado no final do século XVIII por alguns estudiosos que passaram a defender os direitos fundamentais – entre os quais se insere a presunção de inocência –, principalmente na Europa Continental, sobretudo por ocasião do Iluminismo. O Estado atuava de forma arbitrária e sempre buscava a condenação do acusado, presumindo sua culpa e negligenciando seus direitos e garantias.²⁵

As arbitrariedades ocorridas constituíram a marca do período em referência, com a centralização das funções de investigar, acusar e julgar em uma só pessoa ou órgão, o que tinha por consectário a total ausência do contraditório e da ampla defesa, revelando que os processamentos e julgamentos eram efetuados de maneira desproporcional.²⁶

Nesse período, as penas constituíam uma forma de vingança coletiva, o que posteriormente resultou na aplicação de punições com consequências ainda mais terríveis do que aquelas produzidas pelos próprios crimes. A utilização da prática de acusações secretas, castigos, torturas, prisões desumanas e penas de morte era própria da estruturação do regime absolutista.²⁷ A esse respeito, Mir Puig aponta que as penas funcionam como o mais característico instrumento utilizado para a imposição dos padrões legais atrelados ao modelo estatal.²⁸ Nesse mote, é certo que o modelo estatal vigente no período sob enfoque não contemplava padrões legais de respeito aos direitos humanos.

Com efeito, a presunção de inocência esteve inserida nos “postulados fundamentais que orientaram as reformas do sistema repressivo do século XVIII”.²⁹ Neste século, Beccaria foi um dos autores que ganhou mais notoriedade por defender os direitos e garantias fundamentais do acusado, incluindo a presunção de inocência. Na contramão do sistema

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69.

²⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexander de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesar Beccaria. In: **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos (UFSC)**, v. 29, n. 57, p. 261-284, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p261>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁸ MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

²⁹ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

processual penal vigente, o direito à presunção de inocência foi anunciado por Beccaria³⁰, ao declarar que um indivíduo não pode ser considerado culpado antes de uma sentença judicial, devendo, a sociedade, manter a proteção pública ao acusado até que seja definido que ele tenha transgredido as normas penais, de modo que apenas a força – e não o direito – pode infligir uma pena a um cidadão enquanto ainda se tem dúvidas a respeito de sua inocência.³¹

A obra “Dos delitos e das penas”, escrita no ano de 1764, teve sua importância no embate contra o sistema inquisitório vigente à época. Alguns anos depois, em 1789, eclodiu a Revolução Francesa, com a conseqüente queda do absolutismo, contexto histórico que, na visão de Oliveira, relaciona-se com a origem mais significativa da ideia de estado de inocência, sob a rubrica da presunção de inocência, a qual veio, no mesmo ano, a adquirir condição de norma jurídica positivada.³²

Em verdade, não obstante a relevância da Revolução Francesa, a presunção de inocência também pode ser considerada como resultado das revoluções ocorridas na Inglaterra (1688) e na América do Norte (1776), as quais objetivaram o direcionamento da formação político-social ao Estado liberal, e que foram imprescindíveis ao desenvolvimento do pensamento filosófico, sobrelevando-se os progressos efetuados na França e nos Estados Unidos.³³

Conquanto haja referências acerca da derivação das dicções preliminares do *due process of law*, previstas na Magna Carta de 1215 (Inglaterra), tem-se, como primeiro marco legal da presunção de inocência, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, ou Constituição da Virgínia, em 1776, extraída a partir da interpretação do artigo VIII, o qual trouxe diretamente a previsão do devido processo legal.³⁴ O referido documento normativo foi inspirado nos escritos dos autores iluministas (Locke, Rousseau, Montesquieu, entre outros), sobretudo a partir dos estudos de John Adams e Thomas Jefferson, tendo sido

³⁰ No original: “*Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?*”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Mursia, 1973, p. 39.

³¹ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Mursia, 1973, p. 39.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 497.

³³ ERRERIAS, Nancy Bersani. **O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense (UNIPAR). Umuarama, 2007. Disponível em: <<http://seshat.unipar.br/trabalho/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-garantias-constitucionais-e-o-conflito-de-liberdade>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 107.

³⁴ BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

operacionalizado por James Madison e George Mason, políticos que tiveram participação direta na formulação da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.³⁵

Para Bento, pode-se chegar ao entendimento de que a norma estatuída na Declaração da Virgínia permitia que o processo penal se iniciasse, ao contrário da presunção absoluta de culpa do indivíduo, pela possibilidade de o cidadão “ser inocente de imputações feitas em face de sua pessoa”.³⁶

Nesse passo, em meio ao contexto da Revolução Francesa – a qual, segundo Comparato, criou um novo mundo “que tomou conta dos espíritos desde as primeiras jornadas revolucionárias”³⁷ –, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 abarcou a presunção de inocência, na forma do seu artigo 9º; este previa que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.³⁸

Posteriormente, a presunção de inocência foi assegurada em mais um importante diploma jurídico internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. O citado documento de proteção aos direitos humanos veio a lume “após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, cujas graves peculiaridades foram amplamente divulgadas, pelos terríveis atos cometidos contra a dignidade humana”.³⁹

A Segunda Guerra Mundial representou o maior conflito bélico da história da humanidade. Ocorrida entre 1939 e 1945, culminou em mais de 30 milhões de pessoas feridas, mais de 50 milhões de pessoas mortas, além de outras perdas incalculáveis. Foi palco de inúmeras atrocidades, entre as quais se destacam as terríveis torturas e mortes ocasionadas nos campos de concentração instituídos pelo nazismo de Adolf Hitler e as bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos da América nas cidades de Hiroxima e Nagasáqui, ambas no Japão, que resultaram em massivas mortes e destruições.⁴⁰

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 37.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86.

³⁸ BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 40.

⁴⁰ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

O citado evento foi imprescindível para a formação da Organização das Nações Unidas (ONU), através da Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, com o objetivo de “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”.⁴¹

Sobre esse momento histórico, Steiner expõe que “o dinâmico movimento de direitos humanos, que se desenvolveu a partir da Segunda Guerra Mundial, revelou uma impressionante capacidade de estabelecer parâmetros comuns através de tratados e declarações internacionais”.⁴²

É, pois, o que se vê na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual dispôs, em seu artigo XI, que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.⁴³

Nessa esteira, consta da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, de 1950, em seu artigo 6, nº 2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.⁴⁴

Meio século após a referida Convenção ser editada, a União Europeia elaborou a sua Carta dos Direitos Humanos Fundamentais, em 2000. Em mais uma oportunidade, verifica-se a ratificação dos termos da proteção à presunção de inocência, conforme se pode extrair do artigo 48, o qual prevê que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”, dispondo, ainda, sobre a inviolabilidade do direito de defesa.⁴⁵ Nessa perspectiva, a Carta dos Direitos Humanos Fundamentais da União Europeia

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Documentos internacionais:** direitos humanos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006, p. 17.

⁴² STEINER, Henry. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

⁴³ BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais de 1950.** Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial das Comunidades Européias. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

contribuiu “para a preservação e o desenvolvimento de valores comuns, da democracia e da cidadania nas nações da Comunidade Europeia”.⁴⁶

Partindo disso, pode-se constatar uma relevante disseminação da ideia de proteção à presunção de inocência, com a sua previsão como direito fundamental em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, como é o caso de países como Argentina, Colômbia, Costa Rica, Espanha, França, Itália, México, Portugal, entre outros. No mesmo sentido, Streck expõe que “as Constituições do pós-guerra trouxeram em seu bojo a presunção de inocência (Ex.: Itália, França, Espanha, Portugal)”.⁴⁷

No que diz respeito ao reconhecimento interno da presunção de inocência nos citados países, a Argentina abarca o direito fundamental a presunção de inocência do cidadão nos artigos 18 e 19 da sua Carta Constitucional.⁴⁸ Do mesmo modo, a Colômbia, seguindo a tradição das Constituições sul-americanas, amparou a presunção de inocência no artigo 29 de sua Carta Política.⁴⁹

Por sua vez, a Constituição Costarriquenha contextualiza a presunção de inocência nos artigos 36 a 39, sobretudo no último, o qual ressalva, à aplicação da pena, a imprescindibilidade de sentença definitiva e a necessária demonstração da culpabilidade.⁵⁰ Por sua vez, a Constituição Espanhola de 1978 dispõe ser direito do acusado a presunção de inocência, em seu artigo 21, item 2, sendo reconhecida pelo Tribunal Supremo da Espanha desde 1981 como um direito fundamental de aplicação imediata e que vincula todos os poderes públicos.⁵¹

A França dispôs sobre a presunção de inocência em 1958, trazendo-a no preâmbulo de sua Constituição, em virtude da adesão aos direitos humanos fundamentais previstos na

⁴⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/ee47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁸ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 74.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 69.

⁵¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988.

Declaração Francesa de 1789⁵², em cuja previsão do artigo 9º assentou que “todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado”.⁵³

Já a Constituição Italiana, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, incluiu a previsão da presunção de inocência⁵⁴ em seu artigo 27, § 2º, prevendo que o acusado não é considerado culpado senão após a sentença definitiva⁵⁵, texto que guarda semelhanças com o brasileiro de 1988.⁵⁶

É possível extrair, também, previsão constitucional à presunção de inocência da Constituição Mexicana, especialmente a partir da elocução dos seus artigos 13 e 14, os quais objetivam assegurar direitos fundamentais dos cidadãos em face de excessos estatais em sua atuação relativa ao poder de punir.⁵⁷

Em Portugal, a Constituição da República elevou a presunção de inocência ao patamar de direito fundamental em 1976, conforme previsão em seu artigo 32º, nº 2.⁵⁸ Entretanto, por escolha do constituinte, a presunção de inocência nas terras lusitanas apenas perdura até a sentença de condenação; após esse instante processual, vigora a presunção de culpa.⁵⁹

Assim, visto o panorama histórico e internacional da presunção de inocência, cumpre analisar o seu tratamento pelos tratados e convenções internacionais adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A presunção de inocência em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e sua aplicabilidade interna

Além dos já citados documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a defesa da presunção de inocência ainda encontra respaldo no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque (1966) e na Convenção Americana de Direitos

⁵² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

⁵³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA FRANCE. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5076.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 55.

⁵⁵ REPUBBLICA ITALIANA. *Senato della Repubblica. Costituzione della Repubblica Italiana*: 1947, p. 17. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 70.

⁵⁸ PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa**. 1974, p. 10. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁹ MELO, Antônio Barbosa; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969), normatizações que contam com a adesão por parte do governo brasileiro.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, aprovado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226/1991, e promulgado pela Presidência da República através do Decreto nº 592/1992, na expressão do artigo 14, nº 2, prevê que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.⁶⁰

Outra importante proteção jurídica à presunção de inocência ocorreu com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Considerado um dos mais importantes diplomas jurídicos internacionais, sua assinatura ocorreu em 1969 na cidade de São José, na Costa Rica, porém somente entrou em vigor no ano de 1978, tendo sido adotada por todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA); esta, até janeiro de 2014, contava com 24 Estados-partes⁶¹, entre os quais figuram quase todos os países da América Latina, à exceção de Cuba.⁶²

A Convenção Americana de Direitos Humanos garante um compêndio de direitos civis e políticos fundamentais ao ser humano, entre os quais se destaca a presunção de inocência. De acordo com Piovesan, o respeito e a salvaguarda do livre e integral exercício do catálogo de direitos apresentado pelo Pacto de São José da Costa Rica constituem obrigação de cada Estado-parte, além da adoção de “medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”.⁶³

Aprovada na ordem jurídica pátria por meio do Decreto Legislativo nº 678/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece, em seu artigo 1, que a sua normatização “deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Nessa esteira, tem-se visualizada a presunção de inocência no artigo 8, item 2, da

⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 226/1991**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=226&tipo_norma=DLG&data=19911212&link=s>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340.

⁶² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Países signatários**. Organização dos Estados Americanos (OEA), 2007. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 341.

citada Convenção, o qual dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.⁶⁴

Sobre isso, convém tratar a respeito da aplicabilidade, no âmbito do direito interno, dos tratados e convenções internacionais, sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. A referida emenda dispôs, através do § 3º do artigo 5º do texto constitucional, sobre a necessidade de aprovação, por três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, para conferir-lhes *status* de norma constitucional.⁶⁵ Tal procedimento se assemelha ao previsto no § 2º do artigo 60 da CF, no pertinente às emendas constitucionais.

No mesmo sentido, o STF já assentou o entendimento de que apenas os documentos internacionais acolhidos através do procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da CF podem ser utilizados como normatização constitucional, inclusive como parâmetro para controle concentrado de convencionalidade.⁶⁶ Assim, desde a citada emenda à Constituição, apenas um documento internacional obteve aprovação nos moldes delineados no procedimento em referência, a saber, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.⁶⁷

Entretanto, embora a Convenção Americana de Direitos Humanos não tenha sido internalizada de acordo com o novo procedimento, conforme o posicionamento consolidado pelo STF, tal documento guarda posição de norma supralegal, isto é, na hierarquia das normas, a Convenção ocupa lugar entre a CF e as normas infraconstitucionais, não havendo como olvidar sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁸ Essa é uma questão presente em diversos países do mundo, sobretudo nos países da América Latina.⁶⁹

Não obstante a posição externada pelo STF, para a doutrina de Mazzuoli todas as convenções que versem sobre direitos humanos, adotadas pelo Brasil, mas não absorvidas pelo procedimento acima descrito, devem ser tratadas como possuidoras de “*status* (não

⁶⁴ BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 678/1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁵ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁷ BRASIL. Planalto. **Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁹ Cf. NORES, José I. Cafferata. **Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino**. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

‘equivalência’) constitucional, por serem materialmente constitucionais”.⁷⁰ No mesmo sentido, Piovesan defende a equivalência com a normatização constitucional, especificamente quanto à norma prevista no artigo 8, item 2, da citada Convenção, em virtude das disposições previstas no § 2º do artigo 5º da Constituição da República.⁷¹

Desse modo, por ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, considerando a constitucionalidade ou supralegalidade dessas normas, o Brasil se compromete a alcançar, de modo progressivo, a plena realização dos direitos que lá se acham previstos, entre eles a presunção de inocência. Para tanto, o Estado deverá adotar as medidas pertinentes, a exemplo de medidas judiciais que abarquem e amparem a proteção internacional aos direitos humanos fundamentais consignados no documento internacional, os quais já foram, em sua grande maioria, inseridos na CF de 1988.

Nesse sentido, a referida normatização internacional, visando garantir os direitos humanos, deve ser aliada às normas internas, com o objetivo de compor a ordem jurídica de proteção e a garantia de direitos guiados ao sistema penal brasileiro, originado do processo de redemocratização do país.⁷²

2.3 O processo brasileiro de redemocratização e a inserção da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988

A CF de 1988 traz consigo uma grande carga valorativa protecionista, em um movimento reflexo e reflexivo da história vivenciada nos anos que antecederam a sua elaboração e promulgação. O período em referência diz respeito à ditadura militar, que teve início no ano de 1964, representando um movimento progressivo de restrição aos direitos fundamentais, para além das práticas, por agentes do Estado, de crimes contra a humanidade.⁷³

No contexto histórico vivenciado no Brasil, os poderes estatais foram tomados pelas forças armadas, que exerceram um regime totalitário durante 21 anos. Viveu-se um período de perseguições políticas, torturas, desaparecimentos e mortes, com a consequente repressão das liberdades individuais dos cidadãos, sob o pretexto de combate aos comunistas, entendidos, à

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Método, 2017.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

⁷² PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017.

⁷³ SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

época, como inimigos da pátria. Com o passar dos anos, o crescimento de problemas econômicos internos deu origem ao processo de “liberalização política do próprio regime”⁷⁴, fator este que, somado ao aumento da resistência popular, resultou no enfraquecimento do modelo autoritário. Em 1985, iniciou-se o processo de redemocratização, culminando na elaboração da CF de 1988.⁷⁵

Sob esse prisma, não há como desvencilhar o reconhecimento e o desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais de fatos históricos relacionados a períodos de restrição, e até supressão, de direitos e garantias, como a ditadura militar vivenciada entre os anos de 1964 e 1985.⁷⁶ Em verdade, a historicidade perfaz uma das características dos direitos humanos fundamentais.⁷⁷

Segundo Martins, no período sob enfoque houve a revogação dos direitos constitucionais, civis e políticos, além da supressão e censura dos meios de representatividade, bem como o estabelecimento de uma sobreposição do Poder Executivo aos demais Poderes da República, sobretudo após o Ato Institucional nº 5, de 1968, e os posteriores. Isso ocorreu fundamentalmente pela ação, enquanto instituição, das forças armadas, e teve como conseqüência a assunção do controle das funções governamentais, o que se fez acompanhar de estratégias de manutenção do Poder, tais como a extinção de práticas corporativas e a criação de um grande aparato de inteligência, que objetivou promover o controle da ideologia do regime.⁷⁸

A esse respeito, Piovesan enfatiza que o processo de novação da democracia no Brasil, demarcado pela CF de 1988, consolida a ruptura com o regime militar autoritário, fator este que ensejou “considerável impacto, especialmente na esfera dos direitos fundamentais”.⁷⁹

Convergindo com a autora, Beltramelli Neto destaca que tal concepção é inteligível como reflexo aos “anos de chumbo” que consubstanciaram o regime militar iniciado em 1964, somado à proeminência calcada na dignidade da pessoa humana, alocada como fundamento da República, o que fez exsurgir a tutela de uma gama de direitos e garantias fundamentais,

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

⁷⁵ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88, p. 80.

⁷⁷ PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. **Direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010, p. 20-21.

⁷⁸ MARTINS, Luciano. *The liberalization of authoritarian rule in Brazil*. In: O'DONNELL, Guillermo; SCMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. **Transitions from authoritarian rule: Latin America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986, p. 77.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87.

“sem prejuízo de enunciações alocadas em outros tópicos do documento ou, ainda, feitas de modo implícito, como autorizado, às claras, pelo seu artigo 5º, § 2º”.⁸⁰

Nessa perspectiva, a CF de 1988 representa um instrumento normativo que reflete um período anterior de constrição de direitos fundamentais, pois traz, em seu bojo, inúmeros direitos e garantias, entre os quais se mencionam, a título exemplificativo, a proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) como fundamento da República, a previsão de que a República se regerá por vários princípios, sendo inserida, entre eles, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), bem como a garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII) etc.⁸¹

Ademais, não se pode olvidar as influências oriundas das conjunturas histórica e jurídica vivenciadas na América Latina, ao se considerar, além do período totalitário vivido internamente, o histórico de negligências com os direitos fundamentais⁸², a necessidade de consolidação da democracia⁸³ e, principalmente, os regimes ditatoriais que causaram “graves e maciças violações” aos direitos humanos, mormente na década de 1970, entre os quais podem ser citados aqueles ocorridos no Chile e na Argentina.⁸⁴

A influência do cenário latino-americano fez com que a presunção de inocência se constituísse como base do todo o sistema processual, estabelecendo o âmbito de atuação e proteção geral do acusado.⁸⁵ As Constituições democráticas, especialmente aquelas dos países sul-americanos, ao abandonarem o totalitarismo, preocuparam-se em disciplinar a prevalência da liberdade acima do poder de punir.⁸⁶

A partir da Constituição de 1988, como destacado, houve uma significativa ampliação dos direitos e garantias fundamentais, o que fez com que o referido documento político-

⁸⁰ BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 31.

⁸¹ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁸² GODINHO, Fabiana de Oliveira. Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 285.

⁸³ GROTE, Rainer. Democracia, estado de direito e desenvolvimento. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 90.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY; Armin Von. PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 341.

⁸⁵ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1. ed. Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Conectas Direitos Humanos. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web_Defesa_Criminal_Efetiva_AL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

normativo fosse alçado “entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.⁸⁷

Entretantes, a presunção de inocência, após a CF de 1988, passou a ter esteio legal, nos termos do inciso LVII do artigo 5º, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸⁸

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, a presunção de inocência é elevada ao patamar de norma constitucional. Antes do advento da CF de 1988, a presunção de inocência apenas era prevista de forma implícita, como desdobramento da cláusula do devido processo legal.⁸⁹ A partir de então, a premissa de direito fundamental constitucional impõe limites ao Estado e proporciona garantias ao cidadão que figura em investigação criminal ou em processo judicial ou administrativo, a exemplo da comprovação da culpabilidade, ônus atribuído ao Estado.⁹⁰

De fato, alguns autores sustentam que a presunção de inocência atua como desdobramento de um dos princípios processuais basilares do Estado Democrático de Direito, notadamente o devido processo legal. De acordo com Tourinho Filho, o princípio da presunção de inocência “nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”.⁹¹

No mesmo sentido, Bulos afirma que a presunção de inocência foi uma inovação da Carta Magna de 1988, tendo em vista que nas antigas Constituições esse princípio era extraído do contraditório e da ampla defesa, pois não existia previsão expressa. Daí por que a presunção de inocência é uma projeção dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, do *in dubio pro reu*, da *nulla poena sine culpa* e do *favor libertatis*.⁹²

Távora e Alencar explicam que duas regras fundamentais derivam do princípio da presunção de inocência, notadamente: i) a regra de tratamento⁹³, que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, pois ninguém pode ser considerado

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91-92.

⁸⁸ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 8.

⁹⁰ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2016, p. 481.

⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

⁹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 714.

⁹³ Conforme abordagem do direito espanhol, *regla de tratamiento/principio informador*. Cf. LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: Iustel, 2005; e VEGAS, Jaime Torres. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.

culpado a não ser depois do trânsito em julgado de sentença penal; e *ii*) a regra probatória⁹⁴ ou de juízo, a qual impõe à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado.⁹⁵ Ressalta-se que, no caso da regra probatória, a acusação nunca poderá impor ao acusado o ônus de ter de provar sua inocência.⁹⁶

Por isso, Oliveira leciona que a presunção de inocência demanda ao Estado o cumprimento de duas regras específicas: *i*) “de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”; e *ii*) “de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”, ou seja, cumpre ao acusado apenas a demonstração de eventual circunstância caracterizadora da exclusão de antijuridicidade e/ou culpabilidade, sob a qual se projetou a defesa técnica.⁹⁷

No entanto, nem sempre foi essa a disciplina ofertada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira legislação a tratar de presunção no âmbito penal no Brasil foi criada para proporcionar uma presunção de culpa nas circunstâncias atinentes ao juízo probatório, isto é, invertendo o ônus da prova ao acusado.⁹⁸ O Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937, ao criar o Tribunal de Segurança Nacional, fez assentar em seu artigo 20, nº 5, que: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime”.⁹⁹ Todavia, o contexto temporal demonstra que tal disciplina se deu por força da utilização do direito como instrumento de imposição do regime autoritário instalado à época.¹⁰⁰

Em um Estado Democrático de Direito, como o invocado a partir da Constituição de 1988, o resultado da garantia de presunção de inocência, sob o aspecto da regra de tratamento, é o impedimento da outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado,

⁹⁴ No mesmo sentido: *regla de probatoria/regla de juicio*. Cf. LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005; e VEGAS, Jaime Torres. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

⁹⁵ Cf. GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. México: José M. Cajica, 1952.

⁹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013, p. 55.

⁹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

⁹⁸ ANTUNES, Flávio Augusto. *Presunção de inocência e direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 52.

⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁰⁰ CAMARGO, Monica Ovisnki de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

antes do trânsito em julgado da sentença criminal.¹⁰¹ Logo, o tratamento oferecido pelo Poder Público ao cidadão é o de que todos são inocentes, salvo se for provado o contrário. Isso significa que o investigado ou denunciado resguarda o direito público subjetivo de não ostentar o *status* de condenado, pelo menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em razão da presunção relativa (*juris tantum*)¹⁰² de inocência do réu no processo penal, o Estado somente poderá inscrever o nome do indivíduo no rol dos culpados após a resolução definitiva do processo.¹⁰³

Por outro lado, a presunção de inocência também se desdobra na regra probatória, “determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição”.¹⁰⁴ Apenas a prova “definitiva e concreta da autoria e materialidade da prática do fato tipificado como crime é que pode resultar em juízo condenatório. Não se pode condenar por presunção”.¹⁰⁵ Até porque, em termos jurídicos, as pessoas nascem inocentes, de modo que este é o seu estado natural. A quebra desse estado só pode acontecer quando a acusação conseguir evidenciar, por meio de provas suficientes, ao julgador, a culpa do réu.¹⁰⁶ O objetivo desse princípio é, primordialmente, assegurar que o ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa.¹⁰⁷

Karam apresenta a presunção de inocência com enfoque no direito à defesa da liberdade e reflexos na esfera probatória através do *in dubio pro reo*, do ônus probatório pertencer à acusação e na vedação à autoincriminação, além da devida observância, na esfera procedimental, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.¹⁰⁸

Quanto aos efeitos do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro, Távora e Alencar expõem ser pressuposto, para o reconhecimento da autoria de um crime, que haja a condenação transitada em julgado, pois antes deste marco, de acordo com o teor normativo da Constituição, a inocência é presumida, de modo que, além da imposição ao acusador do ônus

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538.

¹⁰² “Locução que qualifica a presunção relativa, que admite prova em contrário.” Cf. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 925; “De direito até que se prove o contrário.” Cf. SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 294.

¹⁰³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 714.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

¹⁰⁵ COELHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte, Fórum: 2015, p. 57.

¹⁰⁶ Cf. RODRIGUÉZ, Ricardo Fernández. **Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal**. Granada: Comares, 2000.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

¹⁰⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

da demonstração probatória, as restrições à liberdade só podem ocorrer em situações excepcionais, sendo, a regra, a liberdade, enquanto o cárcere deve representar medida de estrita exceção.¹⁰⁹

Convergindo com a orientação doutrinária acima alinhavada, o Código de Processo Penal (CPP), de forma minudente, regulamentou o princípio em estudo, conforme se pode concluir da redação do artigo 283, o qual condiciona a prisão pena à sentença condenatória transitada em julgado.¹¹⁰

O mesmo pode ser visualizado nos artigos 105, 147 e 171 da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP), os quais exigem o trânsito em julgado para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, bem como para a execução de medida de segurança.¹¹¹

Destarte, fica nítido que, ao assegurar em seu texto a presunção de inocência, o legislador constituinte a consagrou como um dos princípios basilares do Estado de Direito e como garantia processual penal, objetivando a proteção da liberdade individual.

2.4 A interpretação da presunção de inocência nos Tribunais Superiores

Não obstante a ausência de previsão normativa acerca da presunção de inocência antes da CF de 1988, a doutrina e a jurisprudência pátrias já reconheciam a sua incidência, mesmo que de forma menos corriqueira.

A doutrina defendia a presunção de inocência de forma velada, por vezes, nos institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, no sentido de que a dúvida razoável deveria

¹⁰⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013, p. 54.

¹¹⁰ "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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)." Cf. BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹¹¹ "Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. [...] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. [...] Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução." Cf. BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

conduzir o processo penal à absolvição do acusado, bem assim nas questões atinentes à interpretação normativa, as quais deveriam ser sopesadas em favor do réu.¹¹²

É possível, ainda, observar que tais preceitos eram também seguidos por alguns Tribunais da época, especialmente antes do regime militar instaurado em 1964¹¹³, a exemplo do julgamento da Apelação nº 731 pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, onde ficou assentado que “se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo favor milita a presunção de inocência”.¹¹⁴

No âmbito do STF, pode-se visualizar, através da consulta disponível no sítio eletrônico da Corte, a aplicação da presunção de inocência em três julgados anteriores à Constituição de 1988.¹¹⁵

Por intermédio do *habeas corpus* nº 43.364/GO, sob a relatoria do ministro Antonio Villas Boas, a Segunda Turma do STF, em 1966, concedeu a ordem em favor do prefeito do município de Araguaçu, no estado de Goiás, e outros investigados, pela suposta prática do delito de peculato, no sentido de que os pacientes pudessem responder ao processo originário em liberdade, ao considerar que as contas do ente municipal teriam sido aprovadas pela Câmara de Vereadores e que, até decisão final sobre o mérito da acusação, haveria a incidência da presunção de inocência.¹¹⁶

Uma década após, quando do julgamento do recurso extraordinário nº 86.297/SP, o STF balizou a aplicação da presunção de inocência especificamente ao processo penal, ao declarar, por maioria, a constitucionalidade de legislação eleitoral que previa a inelegibilidade de pretense candidato que houvesse, em seu desfavor, denúncia oferecida pelo Ministério Público e recebida pela autoridade judiciária competente, por crimes previstos no referido texto legal.¹¹⁷

Em outra oportunidade, ao julgar o recurso extraordinário nº 108.975/PR, a Corte Constitucional ressaltou a aplicação do estado de inocência às vítimas de delito de corrupção

¹¹² ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 56.

¹¹³ Ibid., p. 57.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação nº 731. Relator: ministro Raimundo Macedo, julgado em 18 de agosto de 1959, apud CAMARGO, Monica Ovisnki de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 148.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESUN%C7%C3O+DE+INOC%CANCIA%29&pagina=68&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 43.364/GO**. Relator: ministro Antonio Villas Boas, julgado em 9 de agosto de 1966. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59017>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 86.297/SP**. Relator: ministro Carlos Thompson Flores, julgado em 17 de novembro de 1976. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180343>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

de menores, numa ocasião em que a posição dos ofendidos havia sido distorcida pelo Tribunal estadual.¹¹⁸

Tais decisões demonstram o reconhecimento e a aplicação da presunção de inocência pela Suprema Corte brasileira, apesar de aquém dos termos em que preconizada após a CF de 1988. Com a sua inserção no rol de direitos e garantias fundamentais expresso no artigo 5º da Constituição da República, os reflexos da resistência em prol da liberdade foram ampliados às diversas áreas do direito, sobretudo na seara criminal.

O advento da presunção de inocência expressa fez com que o STF, por algumas vezes no transcurso das quase três décadas de vigência da Constituição, tenha se debruçado sobre a questão dos limites da incidência da norma. Sobre isso, duas decisões paradigmáticas – em sentido amplo – precisam ser apresentadas, como marcos da hermenêutica conferida pelo Tribunal detentor da tarefa da interpretação constitucional.

A primeira delas foi exarada em 2009, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG, afetado ao plenário da Corte. Com a relatoria do ministro Eros Grau, foi declarada a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, sob diversos argumentos, a saber: *i*) o reconhecimento da amplitude da presunção de inocência encartada no texto de 1988; *ii*) a condicionante da LEP ao trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a sobreposição da citada legislação, nos aspectos temporal e material, ao previsto no artigo 637 do CPP¹¹⁹; *iii*) a existência de previsão legal para aplicação de prisões cautelares – temporária e preventiva – cabíveis antes do início da fase de execução da sentença; *iv*) a impossibilidade de restrição do princípio da ampla defesa, o qual deve ser exercido plenamente, inclusive nas esferas recursais extraordinárias; *v*) a configuração de ameaça ao direito à liberdade individual; e *vi*) a incidência da dignidade da pessoa humana como direcionador interpretativo ao considerar que, num Estado Democrático, os criminosos figuram como sujeitos de direitos e não como objetos processuais.¹²⁰

A segunda diz respeito à decisão proferida em sede de repercussão geral por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 591.054/SC. Decidiu-se que, na primeira fase da

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 108.975/PR**. Relator: ministro Oscar Corrêa, julgado em 27 de maio de 1986. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200249>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹¹⁹ "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." Cf. BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

dosimetria da pena, os inquéritos policiais em andamento e as ações penais em curso ou condenações não transitadas em julgado são insuficientes para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, impedindo, conseqüentemente, a exasperação da pena.¹²¹

Sob essa perspectiva, vê-se que a carga valorativa presente na presunção de inocência foi diretriz, inclusive, para a edição do enunciado sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que veda “a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.¹²²

Tais temáticas voltaram a ser discutidas pela excelsa Corte, em tempos recentes, ocasião em que a presunção de inocência viu-se abalada pelo novo enfrentamento dado pelos julgadores.

2.4.1 A incidência na valoração da circunstância judicial dos antecedentes

O artigo 59 do Código Penal (CP) elenca as circunstâncias judiciais que serão apreciadas pelo magistrado por ocasião da fixação da pena-base do condenado, formando a primeira fase da dosimetria da pena.¹²³ Uma das oito circunstâncias judiciais é relativa aos antecedentes criminais do réu, em cuja interpretação incide a presunção de inocência, sobretudo quanto à regra de tratamento.

A doutrina apresenta dissenso quanto à definição do que pode ser abarcado como maus antecedentes, capazes de promover a exasperação do *quantum* na primeira fase da dosimetria da pena. Isso ocorre pela forma diferenciada como os autores abordam a conceituação dos antecedentes.

Para Boschi, a garantia da presunção de inocência faz com que se exija condenação definitiva, por fato anterior, para a configuração dos maus antecedentes, “pois, não fosse assim, abrir-se-ia a possibilidade kafkiana de apenamento reflexo, com o acusado recebendo em um processo punição determinada pela existência de outro, no qual poderá restar

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 591.054/SC**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 17 de dezembro de 2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=444&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹²³ BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

absolvido”.¹²⁴ Nesse sentido, Barros Lima apresenta complementação ao sustentar que “não se coaduna com o Direito Penal da culpa a utilização da circunstância judicial para aumentar a pena de quem foi investigado pela polícia, foi preso ou está sendo processado, mas não houve o trânsito em julgado da decisão”.¹²⁵ Tal posição é também defendida por Schmitt¹²⁶ e Queiroz¹²⁷.

Doutra banda, Bitencourt se posiciona de maneira oposta, aduzindo que os antecedentes englobam todos os fatos pregressos praticados pelo condenado, sejam eles bons ou maus, cuja finalidade é demonstrar eventual relação do réu com a prática delitiva, expondo o entendimento de que “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes” podem ser considerados para a valoração negativa dos antecedentes, pois, segundo o autor, se não fosse essa a intenção do legislador, “em vez de referir-se aos ‘antecedentes’, ter-se-ia referido ‘às condenações anteriores irrecuráveis’”.¹²⁸ Convergem, com o autor, Jesus¹²⁹, Marques¹³⁰ e Carvalho Neto¹³¹.

A despeito das posições doutrinárias acerca da matéria, pode-se observar que a primeira decisão emanada do STF acerca da presunção de inocência após a Carta da República de 1988 diz respeito à valoração da circunstância judicial dos antecedentes. Ao apreciar o *habeas corpus* nº 69.298/AC (1992), a Primeira Turma do Pretório Excelso declarou a ilegitimidade de juízo negativo aos antecedentes criminais em razão de inquérito policial em curso, por ofensa ao postulado da presunção de inocência.¹³² Anos depois, a posição inaugurada pelo relator, ministro Celso de Mello, viria a se consolidar – ao menos temporariamente – com a deliberação sob a roupagem da repercussão geral aplicada ao recurso extraordinário nº 591.054/SC.

Não obstante a aparente pacificidade a respeito do tema na jurisprudência do STF após o julgamento do citado recurso extraordinário, o plenário da Corte foi afetado por mais uma

¹²⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 206-207.

¹²⁵ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

¹²⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 119-120.

¹²⁷ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 451.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 209.

¹²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 546.

¹³⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 3. Campinas: Millennium, 1999, p. 100.

¹³¹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 69.298/AC**. Relator: ministro Celso de Mello, julgado em 09 de junho de 1992. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394910>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

oportunidade, em 2015, para tratar acerca da matéria nos julgamentos dos *habeas corpus* nºs 94.620/MS e 94.680/SP. Nesses casos, buscou-se afastar o juízo desfavorável aos antecedentes, embasado em situações processuais sem o trânsito em julgado.

Na ocasião, a Corte decidiu aplicar os efeitos do recurso extraordinário nº 591.054/SC, mantendo afastada a valoração negativa dos antecedentes, tão somente por força do princípio da colegialidade, uma vez que a matéria foi afetada pelo instituto da repercussão geral e tinha sido decidida há apenas seis meses.

Todavia, seis juízes (maioria) da Corte Suprema (Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin) manifestaram seus posicionamentos – ressalvas de entendimento pessoal – pela possibilidade de valorar a circunstância de forma negativa, afastando a incidência do princípio da presunção de inocência, com argumentações a respeito de que registros policiais e/ou a existência de condenação sem trânsito em julgado já seriam suficientes indicativos de reprovabilidade.

Apesar do desfecho que ampara a incidência da presunção de inocência, a Corte deixou transparecer que entende de maneira diversa, o que ficou mais evidente com o julgamento, alguns meses depois, do *habeas corpus* nº 126.292/SP, que permitiu a execução provisória da pena.

2.4.2 A permissibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Como já introduzido, a compatibilidade da presunção de inocência com a execução provisória da pena perfaz, há muito, motivo de intensos debates no STF. A partir de então, o posicionamento da Corte Constitucional vem oscilando, ora reconhecendo que a norma impede o cumprimento antecipado da pena, ora decidindo que a presunção de inocência não frustra a sua execução.

O posicionamento firmado mais recentemente pela Suprema Corte ocorreu em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP. O remédio constitucional foi impetrado em favor de uma pessoa acusada pela suposta prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, em concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º do artigo 157 do CP).¹³³

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Na decisão do magistrado de primeira instância, o réu foi condenado a uma pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Em sede de apelação, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que expediu mandado de prisão determinando imediatamente o cumprimento provisório da pena.

Com isso, o réu confrontou a legitimidade da decisão impetrando consecutivos *habeas corpus* no STJ e no STF, a saber, o *habeas corpus* nº 126.292/SP. A fundamentação jurídica aduzida pelo paciente nos *writs* foi a de que não existe dispositivo legal na CF de 1988 que permita a sua prisão após a decisão da segunda instância, tendo em vista que, mesmo após a confirmação da condenação pelo Tribunal, ainda seria cabível a interposição de recursos às instâncias extraordinárias: os recursos especial e extraordinário.

No julgamento da ação mandamental, a Suprema Corte reconheceu, por maioria de votos, a possibilidade de execução provisória da pena após sentença condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição, o que, por sua vez, restringiu o alcance da presunção de inocência e modificou a interpretação anterior.¹³⁴

O ministro Teori Zavascki, relator do processo, entendeu que a execução provisória da pena, ainda que cabível a interposição dos recursos especial e extraordinário, não constitui uma violação ao conteúdo essencial da presunção de inocência. Isso porque, sob sua ótica, o acusado teve sua inocência presumida ao longo de todo o processo ordinário criminal, respeitando seus direitos e garantias, assim como as regras probatórias e o modelo acusatório vigente. Logo, não haveria desrespeito à presunção de inocência quando iniciada a produção dos efeitos inerentes à responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária.¹³⁵

A decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* nº 126.292/SP gerou controvérsia e balbúrdia no meio jurídico, indo de encontro ao posicionamento firmado em 2009 no *habeas corpus* nº 84.078/MG, conforme já abordado.

¹³⁴ A ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 5.

À época, a Suprema Corte interpretou a presunção de inocência como um princípio de amplo alcance e que obstava a execução provisória da pena. A mudança do entendimento jurisprudencial redefiniu a interpretação da presunção de inocência no direito brasileiro, tendo gerado reflexões acadêmicas relacionadas aos limites da jurisdição constitucional.

Diante disso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizaram ações declaratórias de constitucionalidade, ambas com pedido de liminar, perante o STF. A finalidade era o reconhecimento da legitimidade constitucional do artigo 283 do CPP, com nova redação inserida pela Lei nº 12.403/2011. De acordo com as entidades postulantes, a norma condiciona o início da execução da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹³⁶

O PEN propôs a ação declaratória de constitucionalidade nº 43, sustentando que o artigo 283 do CPP deve ser interpretado segundo o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, na forma do inciso LVII do artigo 5º da CF. São, em suma, as alegações trazidas na peça inicial: *i*) a reformulação da jurisprudência da Corte teria ocorrido sem o devido exame da constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP – introduzido em 2011 –, que passou a estabelecer a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena; e *ii*) a incompatibilidade de decisão com a citada normatização e a suposta necessidade de que, para a prolação da decisão questionada, antes houvesse o referenciado dispositivo sido declarado inconstitucional.¹³⁷

Ademais, foi requerido provimento judicial emergencial para evitar a deflagração de novas execuções provisórias e a suspensão das que já foram iniciadas, com a consequente libertação das pessoas que tenham sido encarceradas sem o trânsito em julgado e, subsidiariamente, a aplicação, ao artigo 283 do CPP, de interpretação conforme a Constituição, para determinar, até o julgamento final da ação, a utilização, em substituição à prisão, das medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do CPP.¹³⁸

Já a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a ação declaratória de constitucionalidade nº 44, sob a alegação de que o artigo 283 do CPP tem como objetivo harmonizar o processo penal ao ordenamento constitucional, reforçando o princípio da presunção de inocência. Em síntese, são os argumentos tecidos na peça póstica: *i*) a alegação de que a decisão questionada teria gerado um “caloroso debate doutrinário” e uma grande

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência.** 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência”, e isso, segundo a entidade, ameaçaria a segurança jurídica e configuraria restrição à liberdade; *ii*) o fato de que, embora a decisão objurgada não tenha efeito vinculante, os Tribunais do país passaram a adotar o mesmo entendimento, o que teria gerado decisões em desrespeito ao artigo 283 do CPP e violação à cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CF)¹³⁹ e à súmula vinculante nº 10¹⁴⁰; e *iii*) a defesa de que, como não houve pronunciamento a respeito da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, seja reconhecida a validade do citado dispositivo.¹⁴¹

Por fim, requereu cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena em todos os casos em que os órgãos julgadores dos tribunais assim determinaram, com base no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, e, no mérito, a procedência da ação, com a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.¹⁴²

Cabe ressaltar que o relator das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, ministro Marco Aurélio, determinou o apensamento das ações, com o objetivo de possibilitar o julgamento em conjunto. No dia 5 de outubro de 2016, o Plenário da Corte, por sete votos a quatro, decidiu, em caráter cautelar, pela manutenção do posicionamento firmado no *habeas corpus* nº 126.292/SP, possibilitando a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, exigindo-se apenas a confirmação da condenação com a observância ao duplo grau de jurisdição.¹⁴³ Tal entendimento foi ratificado no julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, apreciado em plenário virtual, desta feita com o reconhecimento do instituto da repercussão geral.¹⁴⁴

¹³⁹ "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público." Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁴⁰ Súmula vinculante nº 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte." Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP**. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em: 10 de novembro de 2016. Órgão julgador: Plenário virtual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Importante registrar que um dos principais fundamentos para a mudança do entendimento da Corte está calcado na suposta ocorrência do fenômeno da mutação constitucional. Essa posição foi conduzida pelo ministro Luís Roberto Barroso, que abriu um capítulo em sua decisão para tratar da ocorrência da suposta mutação constitucional. Em síntese, o julgador conceitua a mutação constitucional por via de interpretação e argumenta que “o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide”, referindo-se às teorias concretistas de interpretação constitucional, ao tempo que fundamenta a aplicação dessas teorias à realidade, tendo em conta “três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal”.¹⁴⁵

Essas consequências seriam, em suma: *i*) a “infundável interposição de recursos protelatórios”; *ii*) o reforço à “seletividade do sistema penal”, diante da “ampla (e quase irrestrita)” possibilidade de recorrer em liberdade, que “aproveita sobretudo aos réus abastados”; e *iii*) o agravamento do “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, tendo em vista que “a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp (recurso especial) e do RE (recurso extraordinário) para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva”.¹⁴⁶

Dado o panorama dos recentes julgados no âmbito da jurisdição constitucional brasileira sobre a execução provisória da pena, importa analisar como o STJ passou a interpretar a presunção de inocência no contexto do novo posicionamento do STF.

2.4.3 A modulação da execução provisória da pena ao exaurimento da instância ordinária

Não obstante a posição externada pelo STF, como citado anteriormente, o STJ, harmonizando-se com a jurisprudência da Corte Constitucional, passou a permitir a execução provisória da pena, atribuindo-lhe, no entanto, a modulação do exaurimento da instância ordinária, através do julgamento do *habeas corpus* nº 343.302/SP.

Na ocasião, o relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, fez assentar que a determinação do STF diz respeito à confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, o que ocorre por intermédio do julgamento do recurso de apelação criminal. Contudo, a oposição de outros recursos que objetivem nova análise da matéria no próprio

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 5.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 5-9.

Tribunal de segundo grau teria o condão de atribuir uma espécie de “efeito impeditivo” do início da execução.¹⁴⁷

Embora o *habeas corpus* não tenha sido conhecido pela Corte Especial, concedeu-se a ordem, de ofício, uma vez que, com a pendência de recursos da instância ordinária – embargos de declaração, agravo interno e/ou regimental, embargos infringentes, entre outros –, “também não se pode falar em execução provisória da pena”, o que vem sendo acolhido de forma pacífica pela jurisprudência do STJ.¹⁴⁸

2.4.4 A modulação da não executabilidade provisória das penas restritivas de direito

Em outra modulação ao entendimento exarado pelo STF acerca da possibilidade de executar provisoriamente a pena criminal antes do trânsito em julgado, a Terceira Seção do STJ, ao apreciar o recurso de embargos de divergência em recurso especial nº 1.619.087-SC, decidiu, por maioria, pela inaplicabilidade da execução provisória às penas restritivas de direitos.

Os fundamentos do voto vencedor, o qual conferiu a relatoria do acórdão ao ministro Jorge Mussi, cingiram-se aos seguintes pontos: *i*) o STF não se manifestou expressamente sobre tal possibilidade; e *ii*) a expressa literalidade do artigo 147 da LEP exige o trânsito em julgado. Concluiu, o relator designado, por fixar a tese de inaplicabilidade da execução antecipada às penas restritivas de direito, “em vista da ausência de apreciação pelo Plenário do STF quanto à possibilidade de executar a reprimenda restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, somado ao texto expresso do artigo 147 da LEP”.¹⁴⁹

Nesse sentido, interessante ressaltar, conforme já apresentado, que a redação do artigo 147 da LEP guarda grandes semelhanças com o teor dos artigos 105 e 171 do mesmo corpo

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 343.302/SP. Relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 05 de abril de 2016. Órgão julgador: Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59105786&num_registro=201503033625&data=20160413&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 358.257/RS. Relator: ministro Felix Fischer, julgado em: 16 de agosto de 2016. Órgão julgador: Quinta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63955646&num_registro=201601459324&data=20160823&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em recurso especial* nº 1.619.087-SC. Relator designado: ministro Jorge Mussi, julgado em 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74938158&num_registro=201602089490&data=20170824&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

legislativo, os quais também exigem o trânsito em julgado para o início, respectivamente, da pena privativa de liberdade e para a aplicação da medida de segurança.¹⁵⁰

Com isso, vê-se a amplitude das consequências impostas com a decisão que retoma o entendimento restritivo à presunção de inocência, externando um cenário que apresenta instabilidades e necessita de modulações diversas para ser sustentado, diante de diversas decisões que, com base no entendimento da Corte Suprema, vêm sendo formatadas no Judiciário nacional.

2.5 As recentes decisões sobre a presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a problemática dos limites da jurisdição constitucional

Todas as questões abordadas suscitam reflexões acerca da atuação do Poder Judiciário e seus limites, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. Embora a CF preveja a independência e a harmonia entre os Poderes da União (artigo 2º, *caput*), questões relacionadas à legitimidade do Poder Judiciário, à judicialização e ao ativismo judicial são bastante discutidas no meio jurídico-científico.

Decerto, a Constituição da República delinea de forma circunstanciada as atribuições, funções e responsabilidades dos Poderes constituídos, de modo que atuem harmonicamente e de maneira inter-relacionada. Nesse sentido, Barcellos expõe que “a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder [...] garantindo-se o Estado de Direito e, principalmente, os direitos fundamentais”.¹⁵¹

Entretanto, nos tempos atuais, intensificaram-se as críticas à atuação do Poder Judiciário, que tem operado com protagonismo em questões políticas diversas, sobrepondo-se às esferas reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Sobre isso, estão em evidência questões como a judicialização e o ativismo judicial, expressões que, embora tratadas, por vezes, como sinônimas, apresentam significados distintos.

A judicialização retrata a invocação do Poder Judiciário à manifestação sobre “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, revelando uma transferência de poder para os juízes e Tribunais, enquanto o ativismo judicial diz respeito à “deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir

¹⁵⁰ BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, v. 53, ano 2000, p. 84. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=794590>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”, o que, importa destacar, deve ser tido como comportamento excepcional.¹⁵²

Segundo Barroso, isso se dá em face da substituição de uma forma de interpretação tradicional da Constituição, ligada ao formalismo jurídico, por uma nova interpretação constitucional, mais consentânea com o ideário pós-positivista, ante as complexidades da vida moderna (casos difíceis), as quais exigem pronunciamento do Judiciário em questões não abarcadas previamente pelo ordenamento jurídico.¹⁵³

No entanto, não se pode olvidar que o Poder Judiciário possui limitações em sua esfera de atuação, como é o caso, por exemplo, de provimentos jurisdicionais *contra legem*¹⁵⁴, isto é, contrários à lei e, especificamente no caso da jurisdição constitucional, contrários à Constituição, limitação que é imposta ao próprio poder constituinte reformador, na forma em que disciplinada no texto constitucional.¹⁵⁵

Nessa linha, as decisões aqui expostas – para além da demonstração da dificuldade brasileira de consolidação de sua jurisprudência –, embora aparentem contrariedade ao texto constitucional, amparam-se, em sua legitimidade argumentativa, na ocorrência do fenômeno da mutação constitucional – que representa o recorte epistemológico do presente trabalho –, definida como procedimento informal de mudança do significado, sentido e alcance das normas, o que ocorre, em regra, através da interpretação judicial, objetivando “adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social”.¹⁵⁶

De modo paralelo, exsurgem, indutiva e dedutivamente, os problemas afetos à segurança pública no Brasil, que ostenta altos índices de criminalidade¹⁵⁷, motivação esta que, de forma oblíqua, pode apresentar reflexos no protagonismo do Poder Judiciário, como se percebe em um dos motivos expostos no citado voto do ministro Luís Roberto Barroso, ao

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 39-40.

¹⁵³ Ibid., p. 34-36.

¹⁵⁴ "Contrariamente à lei; costume que está em desacordo com a lei ou se opõe a esta." Cf. SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 270; Interpretação judicial contrária à lei. Cf. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 900.

¹⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 242.

¹⁵⁶ Ibid., p. 251.

¹⁵⁷ Vid. BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. 10. ed. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018; e WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: homicídios por arma de fogo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso Brasil), 2016.

demonstrar a sua preocupação com o “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”.¹⁵⁸

Nessa esteira, nota-se que a prática judiciária brasileira tem demonstrado uma postura mais endurecida e rígida, sobretudo na atuação criminal. Sobre isso, interessante apontar os apontamentos de Gurgel:

Nesse atuar, tem sido frequente a oficialização de violação do dano à imagem dos indiciados-presos, a quebra dos seus direitos, inclusive ao silêncio, com a provocação de autoconfissões públicas, a neutralização do princípio da inocência, visando a obtenção de provas fora da racionalidade procedimental do direito positivado, seja na Constituição do Estado, seja nas leis que desta emanam.¹⁵⁹

Com efeito, erguem-se os questionamentos que deram origem a este estudo, os quais objetivam a proposição de reflexões acadêmicas acerca da legitimidade das decisões sob enfoque, sobretudo no pertinente a subjacência da presença da necessidade de combate a criminalidade, sob o pressuposto da ocorrência da mutação constitucional como um dos principais fundamentos.

Nessa vereda de ideias, o presente esforço acadêmico pretende debruçar-se sobre questões criminológicas e de política criminal, além da dogmática constitucional, sobretudo no pertinente à mutação constitucional e seus limites formais e materiais.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 24.

¹⁵⁹ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 312.

3 O POPULISMO PENAL E O FENÔMENO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA NO CONTEXTO MUTACIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

“A imprensa constrói e destrói reputações com uma velocidade monumental. Patrocina linchamentos no tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário. Expressão dos interesses hegemônicos, suprime ou atribui direitos segundo critérios que ela mesma define e que de quando em quando não coincidem com os do direito positivo” (Eros Roberto Grau).¹⁶⁰

Os direitos fundamentais refletem valores essenciais aos seres humanos e à sua convivência em sociedade; diante disso, estão previstos, de modo explícito ou implícito, nas Constituições e nos tratados internacionais, os quais consistem em corpos normativos de hierarquia superior, pois representam “o escalão de direito positivo mais elevado”.¹⁶¹ Esses direitos podem ser assegurados formalmente, quando inscritos no rol de direitos protegidos nas Constituições e documentos internacionais, ou garantidos materialmente, quando mesmo não estatuídos de maneira expressa, são indispensáveis à promoção da dignidade humana.¹⁶²

Os direitos universais do ser humano podem ser reconhecidos tanto em âmbito interno quanto internacional, razão pela qual são considerados pela doutrina como direitos humanos e fundamentais.¹⁶³ Nesse sentido, a presunção de inocência, como visto, conquistou o *status* de direito humano e fundamental, pois além de encontrar respaldo na CF de 1988, é amparada em convenções internacionais sobre direitos humanos.¹⁶⁴

De sua leitura, depreende-se que a presunção de inocência do cidadão acusado pela prática de ação tipificada como crime perdura até a comprovação legal de sua culpa, o que somente acontece por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando a decisão ou o acórdão judicial não é mais passível de impugnação através dos recursos cabíveis na legislação pertinente.

Nessa perspectiva, a situação jurídica do acusado, ao longo de todo processo, é a de inocência. Esse estado de inocência, amplamente garantido por normas fundamentais inscritas

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional: direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

¹⁶¹ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016, p. 295.

¹⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controversas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21.

¹⁶⁴ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

nas declarações internacionais e nas constituições democráticas, é atribuído a todos os indivíduos em razão da consequência direta do reconhecimento de sua dignidade humana.¹⁶⁵

Assim, a noção da presunção de inocência – funcionando como filtro necessário à aplicação da pena privativa de liberdade – está intrinsecamente relacionada com o fato de pertencer à categoria dos direitos humanos e fundamentais. Isso porque, determinadas características inerentes aos direitos humanos no plano internacional, e também aos direitos fundamentais no plano interno, proporcionam à presunção de inocência uma ampliação do seu significado, alcance, efetividade e importância, de onde emana a norma proibitiva da execução antecipada da pena ou qualquer consequência jurídica antes do marco impeditivo do trânsito em julgado, amplitude esta já reconhecida pelo STF por ocasião dos julgados referenciados na seção anterior, quais sejam, o *habeas corpus* nº 84.078/MG e o recurso extraordinário nº 591.054/SC.

3.1 A ampla presunção de inocência como filtro necessário à aplicação da pena privativa de liberdade

No plano internacional, os direitos humanos possuem a característica da superioridade normativa como uma de suas ideias basilares. Em outras palavras, os direitos humanos consistem em preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem predominar ou prevalecer.¹⁶⁶

Tal característica sobreleva a interpretação dessas normas a partir de certas particularidades, notadamente a compreensão da força normativa da Constituição, além da estrita observância aos princípios da ótima concretização, da interpretação *pro homine* e da máxima efetividade das normas constitucionais.¹⁶⁷

No âmbito interno, deve-se ressaltar a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais, sujeitando inexoravelmente a interpretação constitucional ao princípio da ótima concretização da norma. Por esse motivo, a interpretação apropriada para a norma constitucional é aquela que tem o poder de concretizar, do melhor modo possível, o sentido do seu texto.¹⁶⁸

¹⁶⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 3-4.

¹⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22-23.

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22-23.

Nessa esteira, pode-se observar, ainda, a importância do critério interpretativo *pro homine*, ou seja, a utilização, no caso concreto, da norma mais benéfica ao indivíduo. Esse critério interpretativo é utilizado não apenas quando a norma de direitos humanos encontra previsão no direito internacional, mas também no direito interno, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais previstos na Constituição, como é o caso da presunção de inocência.

De acordo com Ramos, esse processo interpretativo em que criteriosamente prepondera a norma mais favorável ao ser humano no caso concreto deve resultar na máxima eficácia dos documentos internacionais e nas proclamações constitucionais de direitos, com o objetivo de propiciar o ingresso dos sujeitos de direitos e de seus respectivos grupos sociais, “notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.¹⁶⁹

Ainda no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos, destaca-se o princípio da máxima efetividade, orientando que toda interpretação em matéria de direitos humanos deve ter como objetivo alcançar a máxima efetivação desses direitos no caso concreto.¹⁷⁰ O princípio da máxima efetividade também se aplica às normas constitucionais, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais. Destarte, em caso de dúvidas, é preferível que se utilize a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.¹⁷¹

Acompanhando essa linha de raciocínio, Miranda defende que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”.¹⁷²

Observa-se que as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas, exercendo uma função de grande valia no ordenamento jurídico. Por esse motivo, não podem ser interpretadas de modo que se retire ou diminua a sua razão de ser. Consequentemente, os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma devem ser

¹⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Thomas de Oliveira. Princípios processuais, materiais e indicativos do direito internacional dos direitos humanos: a subsidiariedade e a livre escolha, a universalidade e a superioridade normativa e a interpretação *pro homine* e a interpretação evolutiva. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 153.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 227.

¹⁷² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 260.

levados em consideração, atribuindo à norma constitucional o sentido que confira maior eficácia, principalmente quando se trata de norma garantidora de direitos fundamentais.¹⁷³

Dessa maneira, pelo fato de a presunção de inocência integrar a categoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, questionamentos acerca do seu alcance foram levados ao crivo da Corte Suprema em diversas oportunidades, tendo havido a consolidação, ao menos por um determinado período, da sua amplitude, baseada nos princípios expostos, quando houve a proibição da execução antecipada da pena e a proibição da valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes por condenação anterior não transitada em julgado.

No primeiro, declarou-se a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, com fundamento na literalidade do dispositivo proclamador da presunção de inocência, vetorizado pela dignidade da pessoa humana. Na ocasião, ainda se definiu o afastamento do art. 637 do CPP, mormente por força de o art. 105 da LEP preponderar na análise acerca do conflito aparente de normas pelos critérios temporal e material.¹⁷⁴

No segundo, firmou-se a desinfluência dos inquéritos e processos criminais em curso na valoração da circunstância judicial dos antecedentes, predominantemente em face da interpretação textual da disposição expressa na CF acerca da presunção de inocência.¹⁷⁵

Com efeito, a partir desses julgamentos, evidencia-se o que se pode denominar de ampla presunção de inocência, ou seja, o ápice de seu alcance normativo em situações jurídicas envolvendo os âmbitos do direito penal e processual penal brasileiros, demonstrando a força externada pela CF de 1988 em busca de um caminho de maior efetividade aos direitos e garantias individuais.

Conquanto tal posição paradigmática tenha sido firmada, a doutrina adverte quanto ao crescimento de posições tendentes à restrição de direitos fundamentais, conforme expõe Porfírio:

[...] nos últimos tempos e contrariamente ao sentido histórico dado aos direitos fundamentais – estabelecidos como valor positivo, necessário à resistência aos abusos cometidos pelo Estado –, sedimenta-se na doutrina e na jurisprudência entendimento oposto, ou seja, de que os direitos fundamentais são verdadeiros obstáculos ao combate à criminalidade. Essa argumentação despreza o caminho percorrido ao longo do tempo até a positivação de direitos inerentes ao homem e provoca o esvaziamento do

¹⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 591.054/SC**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 17 de dezembro de 2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

conteúdo dos direitos fundamentais. Mesmo que prevista na maior parte das Constituições modernas e das convenções internacionais sobre direitos humanos, a presunção de inocência padece dos mesmos males e passa a ter eficácia restringida, seja por força de interpretação ambígua, seja por força de legislação que limita sua aplicação como regra diretriz do processo penal.¹⁷⁶

Tal alerta veio a se concretizar, conforme visualizado nos julgados referenciados na seção anterior, notadamente por ocasião da apreciação do *habeas corpus* nº 126.292/SP, das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44 e do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, porquanto o STF restringiu a presunção de inocência, conferindo nova interpretação quanto ao momento terminativo da incidência da norma, permitindo o início da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância jurisdicional.

Nota-se que a decisão contraria o arcabouço protetivo em relação à presunção de inocência como direito humano e fundamental. Com a garantia constitucional, o estado de inocência só pode ser desfeito após o pronunciamento jurisdicional irrecorrível, quando, observado o devido processo legal, vier a ser afirmada a prática do crime e, portanto, imputada a pena.¹⁷⁷

Ratificando essa linha de pensamento, Errerías explica que:

Considerar inocente significa conceder ao indivíduo todos os direitos e garantias desta categoria, descritas na Constituição e no Código de Processo Penal. Somente a declaração de culpa transitada em julgado pode retirar do indivíduo o manto da inocência, permitindo, assim, que recaia sobre ele a pena adequada e justa, em consonância aos preceitos legais.¹⁷⁸

Por esse motivo, a presunção de inocência pode e deve ser compreendida de forma ampla, tal qual fixada pelo STF de outrora – ampla presunção de inocência –, funcionando como filtro necessário à aplicação da pena privativa de liberdade. Não obstante, o novo entendimento do STF apresenta-se calcado em argumentos que mais se traduzem em reflexos do populismo penal, demonstrando a condescendência ao apelo midiático e da opinião pública, especialmente no tocante ao suposto sentimento de impunidade vivenciado no Brasil.

¹⁷⁶ PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79-80.

¹⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 4.

¹⁷⁸ ERRERÍAS, Nancy Bersani. **O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense (UNIPAR). Umuarama, 2007. Disponível em: <<http://seshat.unipar.br/trabalho/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-garantias-constitucionais-e-o-conflito-de-liberdade>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 135-136.

Com isso, busca-se minorar os direitos e garantias processuais do cidadão, os quais ficam vulnerabilizados em face ao poder punitivo estatal, que se avoluma por intermédio de elementos ideológicos que buscam tratamento diferenciado – maior rigidez – à repressão da criminalidade.¹⁷⁹

Tais elementos, para além de colocar em segundo plano os direitos fundamentais, não apresentam respostas satisfatórias ao problema da criminalidade.¹⁸⁰ Esta, representando um problema social de envergadura complexa e acentuada, não pode ser resumida as tratativas relacionadas à maximização do sistema penal, mas radicada através da apreensão e equacionamento “no espaço da cidadania, e de outros campos do Direito, apontando para a necessidade de reversão deste processo”.¹⁸¹

Decerto, a utilização da prisão como “efetiva” resposta às urgências sociais só contribui para o fenômeno do encarceramento em massa, o aumento da criminalidade e o aprisionamento de indivíduos formalmente inocentes.

3.2 A criminalidade em alta e a aparente solução apresentada pelo populismo penal

Não há como olvidar que os índices de criminalidade são alarmantes e estão crescendo no Brasil.¹⁸² Em muitas localidades já se vivencia a ausência do Estado, a qual abre espaço para a lei dos mais fortes. A intensificação da vingança é mais do que palpável, sobretudo na “guerra” entre a polícia e as pessoas que vivem à margem da sociedade.¹⁸³

¹⁷⁹ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 311.

¹⁸⁰ SILVA JÚNIOR, José Ailton da. O mito da expansão do punitivismo como meio de controle criminal: breve reflexão sobre a relativização da presunção de inocência no STF. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

¹⁸¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 35.

¹⁸² De acordo com os dados do Mapa da Violência – projeto do Ministério da Justiça e Cidadania – e do DATASUS – banco de dados do Ministério da Saúde –, no ano de 2009 foram registrados 51.434 homicídios dolosos no Brasil. Já em 2010 chegou-se a 52.260 homicídios dolosos, o que representa 27,3 mortes para cada 100 mil habitantes. Tais números são assustadores se comparados aos dados de 1979, quando o país registrou somente 9,9 mortes para cada 100 mil habitantes. Cf. WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016: homicídios por arma de fogo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso Brasil), 2016, p. 21; e BRASIL. Ministério da Saúde. **DATASUS**. Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM). Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?idb2011/c09.def>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁸³ CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de; SENTO-SÉ, João Trajano. A polícia e o espelho da sociedade. In: **Revista Interseções**, v. 15, n. 2, p. 329-355, dez. 2013 – Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/download/9522/7375>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

O Brasil é um dos países mais violentos do continente e do mundo, ocupando a 12ª posição nesse quesito.¹⁸⁴ A insegurança se generalizou¹⁸⁵, sendo visível o desespero da população, especialmente da parcela mais vulnerável, a qual, por sua vez, vem a ser a mais exterminável. Com o aparato policial que mais mata no mundo, conforme relatório da Anistia Internacional (2015)¹⁸⁶, a confiança do povo brasileiro no Estado despencou, pois, conforme se afere em levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em outubro de 2015, apenas 17% da população acredita no governo.¹⁸⁷

Isso ocorre especialmente em face da utilização de políticas públicas voltadas majoritariamente à repressão, passando ao largo dos investimentos em outras áreas que efetivamente promovam mudanças sociais.¹⁸⁸

É bem verdade que a mídia aumenta, dramatiza e manipula as notícias, objetivando causar impacto nas emoções coletivas. Contudo, os veículos de informação não inventam a violência. De modo objetivo, o Brasil está vivenciando um caos na segurança pública. Políticas públicas deveriam ser efetivadas em prol do combate à criminalidade; entretanto, a atual demanda popular e midiática consiste tão só na criação de mais leis penais criminalizadoras e no incremento das penas aos crimes já existentes.¹⁸⁹

À medida que a criminalidade aumenta, intensifica-se o populismo penal. A expressão ou categoria (sociológica) “populismo” comporta múltiplos significados. No plano político, é caracterizado pela manobra da vontade do povo, da massa, conduzida por um líder

¹⁸⁴ Em 31 anos, as mortes intencionais triplicaram. Conforme levantamento do Instituto Avante Brasil, entre os anos de 1980 e 2010 houve aumento de 276% na taxa de homicídios e crescimento de 133% no número de homicídios por 100 mil habitantes. Além disso, em dez anos (2000-2010), o aumento foi de 15,2% na taxa de homicídios e crescimento de 2,2% no número de homicídios por 100 mil habitantes. Cf. GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

¹⁸⁵ Pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, referente ao ano 2016, demonstra que uma pessoa é assassinada de forma violenta a cada nove minutos; 57% da população brasileira concordam com a frase “bandido bom é bandido morto”; 76% dos brasileiros têm medo de morrer assassinados; o país apresenta mais registros de mortes violentas intencionais, no período de cinco anos, do que a guerra da Síria no mesmo período; o Brasil possui uma taxa de 30,8 mortes violentas para cada 100 mil habitantes. Cf. BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. 10. ed. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁸⁶ Cf. AMNESTY INTERNACIONAL. *Use of force: guidelines for implementation of the un basic principles on the use of force and firearms by law enforcement officials*. 2015. Disponível em: <https://www.amnesty.org.uk/files/use_of_force.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁸⁷ Cf. CUNHA, Luciana Gross et al. **Relatório IPCL Brasil**. Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Direito SP, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁸⁸ De uma forma geral, Barroso aponta que um dos maiores problemas vividos no Brasil são resultados da “escassez de boa política. [...] Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 42.

¹⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 15-16.

carismático, o qual busca atender a suas necessidades e promover de forma tendenciosa o exercício tirânico do poder.¹⁹⁰

O termo populismo é corriqueiramente utilizado no âmbito político para determinar um conjunto de práticas tendentes a sustentar uma relação íntima entre uma sociedade de massa e um líder. É nesse contexto que emerge o populismo penal, modelo cujas características contemplam uma série de argumentos punitivistas sobre os quais se fundam várias linhas de política criminal existentes, a exemplo dos movimentos de lei e ordem (*law and order*) e tolerância zero.¹⁹¹

No que diz respeito ao populismo penal, a expressão foi originalmente firmada por Anthony Bottoms como “*populist punitiveness*” (populismo punitivista), sendo utilizada para definir um fator das alterações nas regras de definição e aplicação das sentenças penais nos países do Ocidente. Na opinião do referido autor, por diversas razões, a pena de prisão possui apelo político, especialmente porque a adoção de uma punitividade populista tem o poder de satisfazer parte do eleitorado. Assim, o termo é útil para definir o uso político, em proveito próprio, daquilo que se acredita ser uma compreensão naturalmente punitiva do público em geral.¹⁹²

Posteriormente, a expressão original foi substituída pela variante “populismo penal”, a qual foi bastante replicada pela literatura especializada, que a utiliza para descrever o processo político que busca estabelecer, defender ou propor medidas de justiça criminal em que a popularidade ganha relevo em comparação a outras considerações de política criminal, tais como a redução do crime, a promoção da “justiça” e a garantia dos direitos humanos.¹⁹³

Dessa maneira, o populismo penal pode ser compreendido como o método – discurso, técnica ou prática – punitivista que se utiliza ou explora o senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas produzidas pelo crime e pelo medo do crime. A intenção é ganhar o consentimento ou o apoio da população na busca pela imposição de mais rigor penal, repressão e violência como “solução” para a criminalidade. É um discurso político do

¹⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 19.

¹⁹¹ CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_voll_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 54.

¹⁹² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990**. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/publico/Tesecompleta.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 45-46.

¹⁹³ Ibid.

inconsciente coletivo, que repousa sobre a criminologia arcaica do homem criminoso, o “outro estranho” (criminologia do outro), e que aproveita a insegurança pública como justificativa para adotar mais medidas punitivas.¹⁹⁴

O problema é que o populismo penal desqualifica as elites profissionais, ignorando a importância da pesquisa e do saber técnico e criminológico e invocando a autoridade da população. Nesse cenário, a voz dominante da política criminal deixou de ser a do *expert*, acadêmico, perito ou do profissional do direito, passando a ser do senso comum, daquilo que “todo mundo sabe”. Isso significa uma reversão aguda do processo histórico, o qual preconizava que o poder de punir era outorgado pelo Estado aos agentes públicos que operam o direito.¹⁹⁵

Entretanto, é necessário registrar que a aparente solução apresentada pelo populismo penal não tem o condão de reduzir as taxas de criminalidade. Em um estudo comparativo entre as medidas legislativas penais utilizadas em cinco países (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália), restou comprovado que o movimento político que preconizava penas mais duras conquistou espaço justamente quando as taxas de criminalidade estavam a se reduzir de modo significativo em todos os países estudados.¹⁹⁶

No Brasil, o populismo penal se apresenta como um discurso que influenciou todos os punitivismos exacerbados das décadas de 1980, 1990 e 2000. Uma expressão marcante desse populismo no Brasil verifica-se por meio da edição de mais de noventa leis penais no referido período¹⁹⁷, não sendo rara a observação de flagrantes inconstitucionalidades.¹⁹⁸

Nesse contexto, constata-se que o direito penal é explorado pelos populistas, servindo como um campo passível de estratégias para a implementação de políticas eleitoreiras. Por conseguinte, torna-se meramente simbólico e carece de legitimidade perante a ordem democrática, uma vez que é apenas um símbolo, deixando de apresentar as soluções que a sociedade almeja e merece. De fato, cria-se um verdadeiro arcabouço normativo incapaz de

¹⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18.

¹⁹⁵ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 58.

¹⁹⁶ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990**. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/publico/Tesecompleta.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 47.

¹⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

¹⁹⁸ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 314.

amenizar os problemas sociais que afligem o povo, exercendo uma função nociva numa democracia cada vez mais precária, condicionada e limitada.¹⁹⁹

Decerto, evidencia-se a existência de uma tendência dominante nas legislações, no sentido da introdução de novos tipos penais, bem como um agravamento daqueles já existentes, o que se enquadra no marco geral da restrição, ou a reinterpretação das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal. Um dos aspectos dessa expansão é a criação de novos bens jurídico-penais.²⁰⁰

A ideia do populismo penal vale-se da edição contínua de novas leis penais mais severas para satisfazer a consciência coletiva e gerar expectativas normativas de restauração da ordem social. Por outro lado, a lei penal severa tem a capacidade de gerar votos e ganhos eleitorais.²⁰¹ Os populistas penais exaltam a necessidade de novas legislações, mesmo sabendo que a edição normativa isoladamente não irá alterar de modo significativo a realidade das práticas delitivas.²⁰²

Segundo Campos:

É justamente a fim de dar uma resposta aos clamores populares e beneficiar-se disso que alguns legisladores e juízes têm iniciado uma campanha teórica pela mitigação de garantias individuais. Lançando mão de argumentos contrários a direitos constitucionalmente resguardados e apoiando-se na ideia de unanimidade, ofertam ao povo uma solução equivocada para melhorar o caos na segurança pública. Após difundirem medo, temor e desespero na população, determinadas pessoas (os populistas penais) apresentam soluções milagrosas, fundamentadas na mitigação de direitos e garantias fundamentais e no aumento do rigor na punição dos criminosos. [...]. Verifica-se, pois, que os discursos populistas penais estão diretamente relacionados ao aumento da repressão penal, tornando-se importantes instrumentos para que determinadas pessoas ou grupos de interesses possam obter um almejado prestígio social.²⁰³

¹⁹⁹ CAMPOS, Álison Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013, p. 54. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol1_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 54.

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

²⁰¹ Como exemplo, o documentário “A 13ª emenda” demonstra como os argumentos de aumento da repressão penal influenciaram e continuam influenciando as eleições presidenciais nos Estados Unidos da América, a ponto de isso ser destacado como fator principal na vitória de George Bush sobre Michael Dukakis em 1988. Cf. **A 13ª emenda**. Direção: Ava DuVernay. Produção: Netflix. Documentário, 100 min. Disponível em: <<https://www.netflix.com/watch/80091741>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁰² GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 17.

²⁰³ CAMPOS, Álison Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013, p. 54. Disponível em:

Além da edição (exacerbada) de leis penais, outra consequência nefasta do populismo penal é a incursão na atuação do Poder Judiciário. Não obstante a ideia de que as instituições públicas devam atuar com liberdade e que, sobretudo os juízes prestem a jurisdição com total independência e imparcialidade, não se pode olvidar que, na prática, as pressões punitivistas induzem de forma intimidadora o Poder Judiciário a cumprir a sua parcela de responsabilidade na “luta contra a criminalidade”.²⁰⁴

Essa disseminação da ideologia punitivista exige dos “setores organizados e mesmo institucionais” uma posição repressiva, que acaba sendo incorporada ainda que de forma velada através de atos comissivos e omissivos, sem o devido “julgamento moral, jurídico ou político” acerca dos conteúdos ventilados ao público.²⁰⁵ Tal ato intimidatório ocorre, especialmente, pelas mídias sociais, por intermédio de um discurso de expressão popular, apresentando-se como o “olho da sociedade”²⁰⁶, o que se dá principalmente em “programas de alcance maciço”.²⁰⁷

A atuação dos meios de comunicação de massa – jornais, programas de rádio e televisivos, e, hodiernamente, as redes sociais – “contribui à formação volitiva de telespectadores passivos a uma lógica formal da aplicação da punição como meio de contenção do crime”, através da formatação de uma posição sobre fatos delitivos “de forma a ricochetear nos meios institucionais”.²⁰⁸

A despeito dessa teia de ideias envoltas no populismo penal, existem outros meios para o controle do crime e o restabelecimento da ordem social. A divisão de responsabilidade pelo controle do crime, a inserção do controle social no seio da vida cotidiana, a redução dos efeitos criminogênicos e a proteção das vítimas perfazem algumas possibilidades que poderiam ser mais evidenciadas na programação governamental.²⁰⁹

<http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_voll_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 54.

²⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-106.

²⁰⁵ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 312-313.

²⁰⁶ ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o direito penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 33.

²⁰⁷ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 312.

²⁰⁸ Ibid., p. 312-313.

²⁰⁹ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 427.

Os estudos criminológicos demonstram modelos de prevenção do fenômeno criminal escalonados em três níveis basilares. O primeiro deles, definido como prevenção primária, tem o seu foco na origem do problema e propõe soluções mediatas, pautadas sobretudo na diminuição das desigualdades sociais, através da promoção dos direitos sociais como a educação, trabalho, moradia, entre outros. O intermediário, descrito como prevenção secundária, é dirigido às parcelas vulneráveis da sociedade e propõe ações de prevenção policial, de ordenação urbana, entre outros. Por último, na prevenção terciária, o modelo visa o indivíduo incluído no sistema penal, fazendo com que o cumprimento de sua pena sirva para sua efetiva ressocialização²¹⁰, conquanto seja neste ponto que o Estado apresente falhas significativas.

A utilização conjugada desses métodos de prevenção à criminalidade exige um papel proativo do Estado, mediante políticas públicas que visem efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos. Para Pablos de Molina, “os diversos programas de prevenção primária, secundária e terciária complementam-se e são compatíveis”.²¹¹ Portanto, o emprego articulado das três propostas de prevenção, através da compreensão de compatibilidade entre si, traria resultados positivos e eficazes ao problema da criminalidade, evitando a desconformidade da atuação do sistema penal com os direitos fundamentais preconizados pela CF de 1988.²¹²

Em comparação com os resultados apresentados pelo populismo penal, essas outras soluções são mais bem adaptadas aos arranjos sociais do mundo pós-moderno²¹³, além de mais realistas quanto aos limites do Estado e do seu sistema penal.²¹⁴

²¹⁰ Não obstante a disposição expressa no art. 59 do CP (de 1940, com redação alterada em 1984) sobre a imposição da pena com a finalidade de reprovação do crime, a ideia de ressocialização prepondera diante dos valores constitucionais inaugurados com o Estado Democrático de Direito idealizado com a CF de 1988, de modo que esta deve ser a tônica do processo de execução penal regido sob a égide da Carta da República vigente no Brasil. Cf. GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009; e MENDES, Soraia da Rosa; SAMUEL, Fernando Oliveira. O julgamento do RE 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal: um passo adiante, dois passos atrás. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

²¹¹ PABLOS DE MOLINA, Antônio García; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 337.

²¹² PABLOS DE MOLINA, Antônio García. **O que é criminologia?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²¹³ A ideia de pós-modernidade abordada neste trabalho refere-se, como assentado por Garland, “a uma fase histórica que anunciou sua chegada, a partir das mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século XX, muito embora se trate de um conceito que, segundo o autor, está por ser construído e que até mesmo não se sabe quando irá acabar, denotando, pois, a mesma incerteza quanto à compreensão dos dias atuais, considerados pós-modernos.” Cf. SILVA, Felipe Rosa da. **Os fundamentos constitucionais do direito penal como limitação ao expansionismo punitivo: a discussão em torno da redução da maioria penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Maceió, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/browse?type=type&value=Dissertação>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 43; e GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 184.

Nessa senda, Gomes e Gazoto lecionam que:

Estamos no caminho errado? Sim. Objetivamente escolhemos o caminho errado, praticando uma política criminal populista, não científica (intuitiva, emotiva, reativa, reacionária e irracional), que procura atender os clamores populares e midiáticos por penas mais duras e mais encarceramento alopado, sem critérios de justiça (política de mão dura). E ainda propagamos (enganosamente) que essa é a solução para o problema da criminalidade (e da segurança pública). Sabemos que tudo isso é (concretamente) uma trapaça. [...]. Ademais: é preciso atender à demanda popular e midiática (que muitas vezes é expressão da vingança, que é prazerosa). O populismo penal é a soma de dois prazeres: o de vingar com o de legislar.²¹⁵

De fato, os altos índices de criminalidade não diminuíram nas últimas décadas, mesmo com a adoção das aparentes soluções permeadas pelo populismo penal. A política punitivista, largamente defendida no Brasil, sobretudo com a edição intensa de mais leis penais e de maior severidade, não é efetiva, mas enganosa.

Necessário se faz reconhecer que o nosso país, com a presença do populismo penal, está trilhando o caminho errado. O populismo penal e a sua consequente restrição às garantias dos cidadãos assemelham-se às bases dos regimes autoritários, não guardando sintonia com o Estado Democrático de Direito preconizado pela CF de 1988.²¹⁶

3.3 O suposto sentimento de impunidade como guia da opinião pública e a influência midiática na esfera processual penal

O sistema penal apresenta-se, em tese, como uma programação decisória normativa que abarca as instituições e práticas policiais, judiciais e penitenciárias²¹⁷, embasado no respeito à dignidade da pessoa humana. Entretanto, vê-se na atualidade a sua utilização como instrumento de controle social punitivo de maneira dissociada da previsão constitucional que o limita.²¹⁸

²¹⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 427.

²¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. Coleção Ciências Criminais. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 20.

²¹⁶ COELHO, Marcos Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²¹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. In: **Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: v. 1. n. 2, jul.-dez. 2009, p. 20-39. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3373/337327171003>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²¹⁸ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 157.

Essa realidade desponta a partir de uma sociedade amedrontada pela criminalidade, insegurança e violência urbana, tornando-se um terreno fértil – e vulnerável – ao desenvolvimento de um direito penal simbólico.²¹⁹

À luz do entendimento de Silva Sánchez:

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia –, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, antes dos movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança.²²⁰

Na atualidade, o direito penal perdeu a sua natureza e teve o seu objetivo principal ofuscado em virtude do populismo penal e da sanha midiática, que fomentam um suposto sentimento de impunidade que vem a impregnar todas as classes sociais. Nessa esteira, o medo já existente é reforçado e estabilizado pelos meios de comunicação e pelas instituições públicas, surgindo como uma metáfora de insegurança generalizada.²²¹

Da escolha do título aos elementos audiovisuais que constituem o conteúdo do produto midiático, montam-se estrategicamente efeitos para causar emoções e sensações no público, levantando a premissa de que o sistema penal, embora precário, tem o poder de resolver os conflitos sociais. A propósito, essa é uma das maiores ilusões geradas pelo populismo penal midiático, principalmente por intermédio dos chamados programas ou séries policiais.²²²

Não obstante, o conflito de classes ou a miséria em que se encontra inserida a maioria dos protagonistas não configuram as temáticas que ocasionam mais impacto nas notícias veiculadas pelos meios de comunicação. O show ofertado pela mídia é o mais impactante, porquanto utiliza, por exemplo, textos que relatam a crueldade dos acontecimentos e imagens que incriminam o acusado.²²³

A tônica dos discursos, propagada pelos jornalistas, radialistas, apresentadores etc. “comprometidos com o sensacionalismo midiático”, centra-se nas ideias de que os “direitos humanos só servem para proteger bandido” e que “bandido bom é bandido morto”,

²¹⁹ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

²²¹ *Ibid.*, p. 50.

²²² GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107.

²²³ ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, violência e insegurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2006.

contribuindo para “uma verdadeira cultura de negação dos direitos humanos”²²⁴, enquanto que a proposta técnica mais razoável consiste em “nada mais do que uma punição justa, proporcional e que respeite os direitos do indivíduo condenado”.²²⁵

Não há pudor algum dos meios de comunicação na exposição pública dos acusados e vítimas, desrespeitando a intimidade e a vida privada dos indivíduos.²²⁶ Descreve-se uma vida eivada de vícios e deslizes morais, ao tempo em que armas são expostas, sem olvidar as conjecturas acerca do *modus operandi* e das situações de premeditação do crime. Nesse espetáculo, a violência da desigualdade social abre espaço para a narrativa minuciosa da criminalidade.²²⁷

A mídia não atua somente por ação, mas também por omissão. Não evidenciar certos fenômenos é outra estratégia de domínio do sentimento popular. As técnicas de convencimento e manipulação são as mais diversas, indo desde a reiteração das mesmas notícias até a “escandalização” com a suposta impunidade através de desvirtuamentos da realidade, como, por exemplo, insinuações acerca do trabalho efetivo da polícia que é desfeito judicialmente (“a polícia prende e o juiz solta”) ou de que os menores de idade não recebem a punição adequada, além de, vez por outra, demonstrarem a sobrelevação da figura de “justiceiros”.²²⁸

Contemporaneamente, é nítido o crescimento, nas redes sociais – *Facebook*, *Instagram* etc. –, de perfis que apologizam as ações truculentas das polícias, dispensando apoio a líderes políticos – muitas vezes de origem militar – que compactuam com medidas irrestritas de combate ao crime, além de propagar imagens de ações delituosas e de supostos indivíduos criminosos, incitando os seguidores à adoção de seu ideário extremista.

Neste sentido, Carvalho entende que:

²²⁴ PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011, p. 91.

²²⁵ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 154.

²²⁶ Essa prática pode ser observada através da música popular brasileira, a exemplo da canção “Jornal da morte”, de autoria de Miguel Gustavo. Composta em 1961, retrata o que ainda hoje se vê nos jornais brasileiros: “Vejam só esse jornal, é o maior hospital, porta-voz do bang-bang e da polícia central; Tresloucada, seminua, jogou-se do oitavo andar, porque o noivo não comprava maconha para (pra) ela fumar; Um escândalo amoroso com os retratos do casal, um bicheiro assassinado em decúbito dorsal, cada página é um grito, um homem caiu no mangue, só falta alguém espremer o jornal para (pra) sair sangue, sangue, sangue.” Cf. **Jornal da morte (Feat. Roberto Silva)**. In: DVD MTV apresenta: Casuarina. Produção: MTV. Youtube: online vídeo, 3 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=62BztyZwP8c>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²²⁷ ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, violência e insegurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** São Paulo: Contexto, 2006.

²²⁸ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

[...] o sistema penal transforma, sub-repticiamente, os fenômenos sociais da invisibilidade pública e da humilhação social em visibilidade do crime e do criminoso, seja por meio do espetáculo da pena, seja pela ação do sensacionalismo midiático. Esse sistema transforma, portanto, a invisibilidade social de inúmeros sujeitos e grupos sociais em hipervisibilidade, desvirtuada e estigmatizada, que projeta sobre esses sujeitos e grupos uma imagem caricata e distorcida. Além disso, serve precisamente para fabricar as imagens e as distinções entre bons e maus, virtude e pecado, pureza e impureza, transmitindo a ideia facciosa de que a sociedade deve separar e eliminar radicalmente as suas sementes daninhas. A visibilidade do crime e do criminoso é, portanto, indispensável às estratégias de legitimação da ordem social. Sem os criminosos e seus atos, é impossível traçar, com exatidão, os contornos da ordem e da normalidade, da virtude e da pureza.²²⁹

Decerto, a criminalidade, de forma geral, é uma boa catalisadora de leitores, ouvintes e espectadores, retendo a atenção dos interessados em determinado meio de comunicação social. Com exceção das restrições estabelecidas pela CF, a imprensa detém liberdade para veicular informações, incluindo a prática de um crime e a indicação do seu suposto autor, invadindo a identidade e a privacidade da maioria dos cidadãos acusados, expondo a intimidade e, pior, proporcionando um julgamento prévio.²³⁰ Nesse contexto, “apontam-se pessoas como prováveis culpados em grau de certeza que se sobrepõe ao nível de verossimilhança obtido nos procedimentos formais do direito positivo estatal”.²³¹

Os veículos de comunicação ocupam uma grande parte do seu tempo para a crônica sobre crimes e processos judiciais, transmitindo ao povo a impressão de que existem muito mais delitos do que boas ações na sociedade. Por conseguinte, a opinião pública acaba por se voltar aos protagonistas do drama penal da mesma maneira que a multidão para com os gladiadores que lutavam nas arenas do *Coliseum*, restaurando a primitividade do sentimento humano. Infelizmente, o processo penal tornou-se uma escola de incivilização.²³²

Observa-se que a interferência da mídia concentra-se na punição severa de determinados protagonistas atingidos mais frequentemente pelo sistema penal, como, por exemplo, os jovens negros, pobres e de baixa escolaridade. Além disso, evidenciam determinados tipos de crime, como o homicídio, delitos contra o patrimônio e o tráfico de drogas – os quais, diga-se, são cometidos preponderantemente pelas classes mais vulneráveis

²²⁹ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 158.

²³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 110.

²³¹ GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edefal, 2008, p. 313.

²³² CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 7. ed. Trad. José Antônio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2005, p. 12.

da sociedade. Tais notícias são acompanhadas de um clamor pela reforma da legislação penal, objetivando maior rigor nas penas e a redução da maioria penal.

A opinião pública, conduzida pela imprensa, adere ao banimento e à criminalização massiva dos segmentos sociais excluídos e miseráveis. Os atos mais grosseiros são divulgados como os únicos crimes praticados no contexto social, e esses indivíduos são tratados como únicos delinquentes perigosos, que necessitam ser excluídos. Assim, as mídias criam estereótipos do acusado com componentes relativos à classe social, etnia, de gênero, entre outros. Disso resulta um sistema penal que age de forma seletiva, combatendo determinados crimes e punindo determinados indivíduos por conta de seus estereótipos e vulnerabilidades.²³³

Conforme o entendimento de Garland, o sentimento de medo e de impunidade fomentado pela imprensa na população transformou as políticas de controle do crime:

O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delincente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. Em vez disto, as imagens modificadas para acompanhar a nova legislação tendem a ser esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes. Acompanhando estas imagens projetadas, e em reação retórica a elas, o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção. O mote aparente da política é agora mais a revolta do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas.²³⁴

Nas últimas décadas, os meios de comunicação de massa passaram a ser um instrumento à mercê do populismo penal, canalizando o sentimento de insegurança do povo, seja para a ampliação do poder punitivo, seja para a manutenção da governabilidade. Assim, através dos veículos de informação, o movimento punitivista brada por mais rigor penal, mais segurança, mais policiais e mais gastos no combate ao crime.²³⁵

O populismo penal midiático cria demandas punitivistas, produzindo uma falsa sensação de impunidade e insegurança na sociedade, abrindo espaço para o discurso de endurecimento penal, tolerância zero, mitigação de valores relacionados aos direitos humanos e depreciação dos direitos e garantias fundamentais. Tais demandas são defendidas sob o enfoque maniqueísta da realidade, argumentando que a sociedade (cidadania) é o bem,

²³³ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 148-149.

²³⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 54.

²³⁵ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

enquanto o criminoso (criminalidade) é o mal.²³⁶ Assim, amplifica-se o medo e a suposta impunidade, criando um ambiente propício para o clamor popular em favor do recrudescimento da intervenção punitiva.²³⁷

Gomes e Melo enxergam a mídia como uma força impulsionadora do sentimento de impunidade:

Mascarando um jogo de interesses político-ideológicos, ela manipula as emoções de seus telespectadores, transformando a nossa sociedade em um grande grupo de pessoas que vivem constantemente assustadas com o aumento dos índices de criminalidade, com a recorrente insegurança de sair de casa, situações essas demonstradas pela mídia com um alto teor de dramatização, geralmente expondo um lado tendencioso da questão. Apegada ao senso comum e ao interesse de terceiros, a mídia parece ganhar cada vez mais espaço na opinião pública e conquistar ainda mais os seus telespectadores, repercutindo, assim, um discurso que remonta aos tempos das penas excessivamente cruéis, horrendos castigos que saciavam a sede por sangue e estripações clamada pelo povo.²³⁸

O populismo penal midiático é um fenômeno que alcançou os poderes constituídos, impulsionando a repressão expansionista através da espetacularização excêntrica da justiça e da violência. Fato é que, com a difusão dos meios de comunicação em massa e das redes sociais, tornaram-se comuns os discursos relacionados ao aumento das penas, à legalização da prisão perpétua, à pena de morte e à redução da maioria penal. Além disso, constata-se um clamor paralelo pela diminuição dos gastos relativos aos presos, ao tempo que a expressão “direitos humanos”²³⁹ tornou-se uma espécie de órgão público que tem como escopo a defesa de “bandidos e marginais”.²⁴⁰

Sobre isso, Andrade expõe o conflito existente nessa contextualização:

²³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 36.

²³⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46.

²³⁸ GOMES, João Pedro Laurentino; MELO, Shade Dandara Monteiro de. O poder midiático na esfera do direito penal: repercussões de uma sociedade punitiva. In: **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**. Natal, v. 01, n. 2, nov. 2013. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6577>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 68-69.

²³⁹ “Nos idos da década de 1990 foi encontrada, no Estabelecimento Prisional Masculino Baldomero Cavalcante de Oliveira, uma palmatória de madeira na qual se lia em letras pretas garrafais: DIREITOS HUMANOS. A ironia impressa naquele instrumento de tortura já assinalava o sentido da expressão direitos humanos para muitos dos que lidavam com a massa carcerária alagoana”. In: PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011, p. 91.

²⁴⁰ CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013. Disponível em: <http://www.fdc1.com.br/revista/site/download/fdc1_athenas_ano2_voll_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 53-55.

[...] de um lado, a problematização da funcionalidade do sistema penal (da engenharia e da cultura punitiva) e da expansão, sem precedentes, que experimenta na era da globalização neoliberal; de outro, e *pari passu*, a problematização do déficit do conceito e da dimensão da cidadania, que experimenta, a *contrario sensu*, ímpar minimização.²⁴¹

Nessa perspectiva, a promessa de investimentos em políticas públicas penitenciárias por ocasião das eleições não apresenta o resultado pretendido na captação de votos, porquanto a resistência e a intolerância à melhoria de condições aos encarcerados dominam a situação, “como se presos e presas não pudessem ser considerados sujeitos de direitos e detentores de dignidade humana”²⁴², principalmente em razão da diminuição do seu grau de cidadania.

Com a adoção de práticas de expansão da atuação penal pelo poder estatal, a imprensa vai conquistando mais força e, conseqüentemente, desempenha seu poder de pressão sobre os operadores do direito, sobretudo no tocante aos julgadores. Isso certamente impõe obstáculos à análise equidistante, imparcial e isenta dos casos concretos, conforme prevê a legislação e a ética da judicatura.²⁴³ Conquanto o Poder Judiciário deva, inclusive, adotar posturas contramajoritárias, se for o caso, para a proteção dos direitos fundamentais, na conjuntura atual da sociedade, evidencia-se cada vez mais o desafio da concretização da ideia clássica de o julgador ser “um terceiro estranho no processo”.²⁴⁴

O Poder Executivo transfere subliminarmente a responsabilidade pela segurança pública ao Judiciário (*lato sensu*), que, diante de seu reduzido campo de atuação nas políticas públicas dessa natureza – já que, em regra, restringe-se ao âmbito dos processos penais –, adota o encarceramento como principal método de controle do crime.

Garcia defende que:

A decisão do juiz penal, seja ele do primeiro grau, do segundo, dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, que não atende aos clamores do povo ou que não produz um resultado efetivo e útil para a sociedade, é hoje considerada vazia e injusta perante a sociedade, e isto se deve, em grande parte, à atuação da mídia. [...] Essa influência, ainda que não seja suficiente para efetivamente convencer o juiz – como deve ser –, certamente não deixa de desempenhar uma pressão implícita na sua consciência, levando-o a agir

²⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 35.

²⁴² PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011, p. 92.

²⁴³ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

²⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires: Europa-America, 1960, p. 60.

de acordo com o que pensa que lhe é esperado, mesmo sem que a mídia se manifeste neste sentido.²⁴⁵

Dessarte, essa influência midiática torna-se cada vez mais notória, a ponto de haver receio, por uma parte dos aplicadores do direito, de conceder liberdades, mesmo ante situações em que os indivíduos não deveriam ficar encarcerados. Aliás, quando isso ocorre, o juiz passa a ocupar a posição de opressor e oprimido ao mesmo tempo. É opressor quando não reconhece os direitos e as garantias do acusado; é oprimido quando sofre com a pressão midiática. Logo, quando a imprensa estigmatiza os julgadores, coloca em risco, cada vez mais, a garantia da uma justiça independente e imparcial.²⁴⁶

Dessa maneira, evidencia-se que os meios de comunicação em massa exercem poderosa influência na esfera processual penal, encarregando-se do convencimento da população sobre uma suposta impunidade recorrente. Como resposta, defendem uma atuação penal mais severa e radical, sobretudo calcada nas soluções punitivistas.²⁴⁷

Segundo as lições de Campos:

A mídia cuida de inculcar nas pessoas a necessidade de expansão do punitivismo, insistindo em um erro cujas consequências já estão sendo vistas em nosso meio social. Diante deste quadro, os legisladores estão endurecendo as normas penais como forma de agradar a uma população que ignora o fato de que o endurecimento das penas não diminui as estatísticas criminais. O governo opta pela repressão por considerar que o endurecimento das penas é uma medida mais economicamente viável do que a realização de investimentos em áreas que, efetivamente, trariam modificações relevantes ao caos da segurança pública.²⁴⁸

Nesse contexto, o suposto sentimento de impunidade que é guiado à opinião pública pela influência midiática na esfera processual penal resulta na elaboração de legislações que ampliam o âmbito de interferência do direito penal na vida social. Não obstante, a intensa

²⁴⁵ GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz.** Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/47.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2018, p. 93-94.

²⁴⁶ CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013, Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol1_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁴⁷ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 05.

²⁴⁸ CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol1_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 56.

produção de leis penais é apenas uma tentativa de tranquilizar a alarmada população, oferecendo-lhe maior “segurança” por intermédio da atuação do sistema punitivo.²⁴⁹

Contudo, a expansão do poder punitivo não se apresenta como direcionamento adequado a percorrer nas tratativas que visam à diminuição da criminalidade, apesar da pressão exercida pelos veículos de comunicação nesse sentido. Tal atuação demonstra que ao invés de corrigir o problema através da prevenção, o Estado o agrava com a legitimação de uma atuação mais rigorosa dos setores da segurança pública, tendo como consequência a impressão de um punitivismo intensificado.

A expansão do poder punitivo é defendida pelos veículos de comunicação, influenciando a opinião pública no sentido de que essa é a única força capaz de combater a prática delitiva. Difunde-se a ilusão de que o sistema penal é a solução dos problemas sociais, sobretudo da criminalidade. Assim, a crítica midiática se concentra no mau funcionamento da justiça; não tem por objetivo discutir mecanismos para fazer com que o sistema funcione como um todo. A reivindicação é por mais rigor punitivo, mais sanções, mais leis severas, mais penas de prisão e, principalmente, mais encarceramentos.²⁵⁰

3.4 O mito da prisão como efetiva resposta às urgências sociais: o fenômeno do encarceramento em massa

Em face das consequências ocasionadas pelo crescimento da violência e da criminalidade, o Estado – influenciado pelos veículos de informação e pela opinião pública – responde com a expansão do poder punitivo, alterando intensamente a legislação criminal e privilegiando o aprisionamento como principal símbolo de repressão.

Decerto, o ato da prisão – privação da liberdade²⁵¹ – é capaz de transmitir aos integrantes do seio social a mensagem de que as instituições de segurança pública estão atuando, retirando do convívio social os indivíduos que lesionaram bens jurídicos tutelados ou

²⁴⁹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

²⁵¹ Vale trazer a reflexão, a título ilustrativo, sobre a contextualização histórica da liberdade, que conquistou importante espaço a partir do episódio conhecido como queda ou tomada da Bastilha, marco histórico da Revolução Francesa. Por sua vez, a Bastilha era destinada ao aprisionamento de pessoas contrárias à política dominante, sendo considerada o “símbolo espectral do absolutismo e do feudalismo”. Cf. MENEZES, Vladir. A revolução francesa. In: **Revista do Instituto do Ceará**, ano CIII, 1989. Disponível em: <<http://www.institutodoceara.org.br/revista/Rev-apresentacao/RevPorAno/1989/1989-ARevolucaoFrancesa.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 77.

com demonstrada potencialidade para tanto, transportando-os para as “instituições de contenção e de reparação social, encarregadas de preservação da ordem pública”.²⁵²

O simbolismo envolvido no encarceramento traduz o sentimento de que a extração do indivíduo da comunidade social para o estabelecimento prisional significa o envio dos perigos sociais para outro mundo, outra realidade.²⁵³ Isso ocorre, sobremaneira, em face da formatação hodierna das sociedades, que visam “à satisfação de necessidades imediatas e midiaticamente geradas em imaginários coletivos superficiais”, além do nítido desprezo aos “sujeitos que permanecem (con)vivendo nesse contexto, sujeitos que estão experimentando novas formas de exclusão e até de eliminação social”.²⁵⁴

Assim, associada a prisão, como símbolo, ao aumento da repressão estatal, os poderes constituídos negligenciam o sistema jurídico-penal – mesmo balizado por direitos e garantias fundamentais –, o que não implica resultados efetivos no combate ao crime. Com efeito, o punitivismo exasperado e a prisão como resposta às urgências sociais deságuam no fenômeno conhecido como “encarceramento em massa” (*mass imprisonment*), visualizado pioneiramente a partir da realidade vivenciada nos Estados Unidos da América, onde os resultados das últimas décadas apresentam taxas de aprisionamento seis a dez vezes maiores do que as dos países europeus e escandinavos.²⁵⁵

Em meados da década de 1970 aparentava existir um consenso na doutrina no sentido de que a pena de prisão se encontrava em decadência; entretanto, o que se verificou justamente a partir desse período foi um movimento completamente inverso. Desde o ano de 1975 até os dias atuais, a prisão se tornou o maior instrumento de repressão criminal no mundo.²⁵⁶

Nessa senda, Garland leciona:

Por que a prisão deixou de ser uma instituição desacreditada, condenada à abolição, e se tornou um pilar cada vez mais indispensável da vida social pós-moderna? Não porque fosse a espinha dorsal de qualquer programa penal que preconizasse o encarceramento em massa. Não havia um programa

²⁵² ADORNO, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. In: **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, n. 3, p. 7-40, 1991. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v3n1-2/0103-2070-ts-03-02-0007.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 11.

²⁵³ PEREIRA, Vany Leston Pessione. A prisão em um ensaio (socio)lógico. In: **Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/10.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁵⁴ GUINDANI, Miriam Krenzinger A. A violência simbólica e a prisão contemporânea. In: **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 1, n. 2, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/742/74210208>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 99-100.

²⁵⁵ GARLAND, David. *Mass imprisonment: social causes and consequences*. Londres: Sage Publications, 2001.

²⁵⁶ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 9.

deste tipo. O encarceramento emergiu em sua forma renovada e reinventada porque é capaz de desempenhar um papel essencial no funcionamento das sociedades pós-modernas, neoliberais: a de instrumento “civilizado” e “constitucional” de segregação das populações problemáticas criadas pela economia e pelos arranjos sociais atuais.²⁵⁷

A tentativa de criar uma ordem social por meio do encarceramento é profundamente problemática, sobretudo nas democracias pós-modernas. Ao contrário do esperado desenvolvimento das complexas instituições de governança e integração necessárias para legitimar a ordem social e econômica, a utilização repressiva da prisão sedimenta uma divisão entre as pessoas que podem viver em liberdade e aquelas que devem ser intensamente controladas. A nova ênfase na punição e no cárcere não reverte os processos de marginalização econômica e de exclusão social, tão só os reproduz e os reforça.²⁵⁸

A política criminal embasada na expansão do poder punitivo e no populismo penal reduz a complexidade dos problemas sociais da pós-modernidade – tais como o desemprego, o medo e a insegurança – ao problema genérico da criminalidade. Diante disso, tem-se o oferecimento do aumento da quantidade e da severidade das penas e o encarceramento em massa como soluções simplórias e imediatas. Além de encontrar amparo no senso comum, essa prática repressiva mostra-se conveniente ao Estado, uma vez que não exige a alteração do arranjo socioeconômico vigente, com o benefício aditivo de organizar a sociedade entre os que podem viver uma liberdade e os que devem ser controlados.²⁵⁹

De acordo com Gomes e Melo, apesar dos discursos humanitários em relação à execução penal, a sociedade cada vez mais acredita em políticas de encarceramento em massa:

Reconhece-se legalmente que a situação da aplicação das penas vem sofrendo diversas alterações – melhorias, do ponto de vista humanitário. Preservação da integridade moral e física, da vida e da dignidade da pessoa humana são discursos constantemente levantados na atualidade. Contudo, é possível notar cada vez mais o apoio de grande parte do meio social a políticas de encarceramento em massa, segregacionistas e, inclusive, violadoras de princípios éticos, fundamentais e constitucionais. Portanto, pode-se afirmar que o sentimento punitivo ainda é presente em nossa sociedade e a mentalidade social predominante parece não ter acompanhado as transformações ocorridas no que diz respeito à proteção de direitos e garantias fundamentais ao ser humano. Acredita-se, ainda, que a punição

²⁵⁷ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 422.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 426-427.

²⁵⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil**: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/publico/Tesecompleta.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 48-49.

funciona como um meio corretivo e que penas alternativas à prisão equivalem à impunidade.²⁶⁰

Estima-se que, no início do novo milênio, o número oficial de pessoas que se encontravam penalmente privadas de liberdade no mundo superava o quantitativo de 8 milhões. Já em dezembro de 2007, calcula-se que esse número ultrapassava a casa dos 10 milhões. No entanto, ressalte-se que tais dados representam um quantitativo inferior à realidade, pois alguns países não fornecem estatísticas atualizadas, enquanto outras informações são antigas, com mais de dez anos, além daquelas que se supõe sejam politicamente retocadas.²⁶¹

Ainda há que se levar em consideração que a maioria dos países fornece estatísticas apenas sobre a população penal adulta, evitando informar as taxas de internamento de menores e dos enfermos submetidos às instituições psiquiátricas judiciárias; outros não contabilizam alguns modos de prisão administrativa que, dentro de determinados contextos normativos, são disciplinados penalmente. Portanto, na atualidade, é praticamente impossível saber com exatidão o número de indivíduos legalmente segregados no mundo. Não obstante, estudo realizado por Pavarini apresenta a estimativa de 15 milhões de pessoas encarceradas, porém, ainda assim, reconhece que a aferição ainda guarda distanciamento com a realidade.²⁶²

Em análise de dados estatísticos, é nítido o fenômeno do aprisionamento em massa no Brasil, como bem explica Pimentel:

O Brasil ocupa, atualmente, no *ranking* mundial, o terceiro lugar em número de pessoas privadas de liberdade – com mais de 715 mil presos –, atrás apenas dos Estados Unidos (com mais de 2 milhões de presos) e da China (1,7 milhão de presos). Esse panorama de aprisionamento em massa tem implicações diretas na forma como as penas privativas de liberdade são cumpridas.²⁶³

Em complemento aos dados descritos, consoante as lições de Serra, a partir dos anos de 1990, o Brasil sinaliza para a existência, em larga escala, do encarceramento em massa, porquanto tem apresentado crescimento significativo em sua população carcerária em curto espaço de tempo. Entre os anos de 1995 e 2005, observou-se um incremento no quantitativo

²⁶⁰ GOMES, João Pedro Laurentino; MELO, Shade Dandara Monteiro de. O poder midiático na esfera do direito penal: repercussões de uma sociedade punitiva. In: **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**. Natal, v. 01, n. 2, nov. 2013. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6577>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 68.

²⁶¹ PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 294.

²⁶² Ibid.

²⁶³ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017, p. 42.

de presos, anteriormente estimado em 148 mil, para mais de 361 mil custodiados, o que representa, em termos percentuais, um aumento de 143,91%. Da mesma forma, “entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%.”²⁶⁴

Os números mostram que, nos últimos 21 anos – entre os anos de 1990 e 2011 –, o Brasil apresentou um crescimento percentual de 472% de sua população carcerária; possuía, em 1990, 90 mil presos, o que, comparado aos números de 2011, significa que a população carcerária quase sextuplicou (5,7 vezes), enquanto a população nacional aumentou cerca de 1/3. Isto significa que o aumento da população carcerária foi 4,4 vezes superior ao de todo o povo brasileiro no mesmo intervalo de tempo.²⁶⁵

No ano de 1938 o país contabilizou 19,1 presos para cada 100 mil pessoas. No ano de 2009, a taxa saltou para 242,5 presos por 100 mil habitantes, o que representou um crescimento de 1.169% em 71 anos. Já no ano de 2011, o Brasil possuía 270 presos para cada 100 mil cidadãos. Destarte, visualiza-se, nas últimas duas décadas, uma duríssima política de encarceramento em massa.²⁶⁶

Apresentando pequenas diferenças, mas trazendo números ainda maiores, Caleffi expõe que “a população carcerária brasileira teve um aumento de 33% em sua taxa de aprisionamento em cinco anos [pesquisa publicada em 2015], chegando hoje à média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes”. Para além, destaca que, de acordo com a mesma pesquisa, “há 164.823 vagas para condenados no regime fechado, ao passo que existem 250.094 pessoas presas em tal condição”, sendo registrados, em 2014, “312 homicídios, o que corresponde a uma taxa de 95.23 de óbitos para cada 100 mil pessoas presas”.²⁶⁷

Em relatório apresentado pelo Ministério da Justiça, observa-se que, nas prisões, as mortes intencionais, ou seja, aquelas ocasionadas por homicídios, suicídios ou causa desconhecida, têm uma taxa de “8,4 para cada 10 mil pessoas presas em um semestre, o que corresponde a 167,5 óbitos para cada 100 mil pessoas detidas em um ano. Esse valor é seis

²⁶⁴ SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (org.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: Edufba, 2013, p. 33.

²⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 147.

vezes superior à taxa de mortes intencionais verificadas durante o ano de 2013, em todo o país”.²⁶⁸

Caleffi ainda expõe a situação do estado do Rio Grande do Sul, onde a população carcerária, em 2014, era de 28.125, em quantitativo aproximado, “sendo que o total de vagas no sistema prisional era de 21.287, ou seja, uma taxa de ocupação de 132%”, dos quais 34,07% eram presos provisórios. “Em relação ao presídio central de Porto Alegre/RS, considerado o pior do Brasil, atualmente, o número de presos é de 4.683. Apenas um detalhe: sua capacidade é de 1.905 vagas”.²⁶⁹

As estatísticas demonstram, ainda, que a política de encarceramento massivo não gerou o resultado prático prometido, já que não reduziu os índices de criminalidade e não resolveu as urgências sociais. Os dados apontam para um aumento do número de crimes, revelando a incapacidade dessa política eminentemente repressiva e populista, porquanto a solução não surtiu o efeito almejado. A criminalidade no Brasil cresceu nas últimas décadas; ainda assim, a sociedade insiste na defesa de práticas repressivas.²⁷⁰

O artifício do encarceramento serve como uma satisfação expressiva de sentimentos relacionados à ideia ultrapassada de retributividade da pena, além de configurar um mecanismo instrumental para gerenciar riscos e para externar a ideia de confinamento do suposto perigo. O fato é que os setores populacionais excluídos do mercado de trabalho, da educação e da família – geralmente jovens do sexo masculino e pertencentes às minorias urbanas – estão sendo segregados e excluídos da sociedade, sob a estigmatização do crime.²⁷¹

O fenômeno do encarceramento em massa é uma consequência da criminalização da miséria, indicando uma perigosa homogeneização: favelas/guetos e cárceres. Uma análise mais profunda e sensível do sistema prisional brasileiro demonstra que a população carcerária é submetida, pragmaticamente, a mais um gueto.²⁷²

Como informa Carvalho:

[...] o perfil da população carcerária corrobora os altos graus de seletividade e as características precisas dos segmentos vulneráveis. Segundo detalhes do relatório da Anistia Internacional sobre encarceramento no Brasil, as prisões

²⁶⁸ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 148.

²⁶⁹ Ibid., p. 148.

²⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 19.

²⁷¹ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 422.

²⁷² SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (org.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: Edufba, 2013, p. 37.

brasileiras estão compostas essencialmente por jovens, negros e pobres do sexo masculino e de baixa escolaridade. A maioria, 95,5%, são homens pobres do sexo masculino; 65% negros ou mulatos; 54% têm menos de 30 anos; e 30% possuem entre 18 e 24 anos; todos de pouca escolaridade, 10,4% analfabetos e 69,5% possuem apenas o 1º grau completo.²⁷³

Portanto, verifica-se que o encarceramento em massa não é a solução para as urgências sociais, não tratando as causas do problema – as raízes injustas da sociedade, as misérias da escolarização e a socialização dos jovens, as desigualdades produtoras de muitos delitos e da corrupção institucionalizada, esta protagonizada pela união entre o poder econômico e o poder político. As campanhas conformadoras do estereótipo criminoso têm como objetivo esconder as verdadeiras causas dos problemas sociais, as quais deveriam ser combatidas pelo Estado.²⁷⁴

Sobre isso, Andrade expõe que:

[...] quanto mais se anuncia o aumento e o alarma da criminalidade, mais se anuncia o aumento da culpabilização punitiva: o mercado da culpa e da responsabilidade individual e, portanto, do Direito e do sistema penal – o espaço da pena – é inesgotável. Uma cidadania assim maniqueístamente construída será perpetuamente seletiva, tão inalcançável para o mundo do mal quanto de questionável conteúdo para o acessível mundo do bem.²⁷⁵

No Brasil, não se observa o direcionamento das políticas públicas aos três graus de prevenção já citados, conforme propõe Pablos de Molina.²⁷⁶ A prevenção primária consiste na melhoria das bases socioeconômicas para todos, como é o caso da Escandinávia – que tem um homicídio para cada 100 mil habitantes –, e na prevenção pela educação, como acontece em vários países asiáticos – Japão, Coreia do Sul e Cingapura –, os quais contabilizam dois homicídios para cada 100 mil pessoas. Além disso, não é aplicada a prevenção secundária, criando, de forma efetiva, obstáculos ao crime, como se faz nos Estados Unidos – país que apresenta quatro homicídios para cada 100 mil cidadãos. Tampouco se desenvolve a prevenção terciária, a partir da utilização de meios concretos para obstar a reincidência, com a reintegração social do indivíduo submetido ao cárcere.²⁷⁷

²⁷³ CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 150.

²⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107.

²⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 36.

²⁷⁶ PABLOS DE MOLINA, Antônio García. **O que é criminologia?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 16.

Enquanto a pena se apresenta como rito sagrado na resposta das emergências sociais, a população clama por mais e mais punição.²⁷⁸ O populismo penal propõe soluções aparentemente fáceis – de fundo enganoso – para problemas sociais extremamente complexos, tais como a insegurança e a criminalidade. Seu discurso contagia a sociedade, que passou a estimular a criação e a adoção de medidas penais rápidas e improvisadas, como é o caso do uso simbólico da prisão e o conseqüente fenômeno do encarceramento em massa, não obstante a ausência de resolução dos problemas, tendo em vista que se tangenciam os seus efeitos, mas não há uma abordagem consistente sobre as suas causas geradoras.²⁷⁹

O único resultado certo das políticas populistas é o encarceramento em massa e, mais recentemente, a transigência do Poder Judiciário com a imposição da pena de forma antecipatória.

3.5 O encarceramento dos inocentes

O populismo penal apresenta-se como um modo de exercício e expansão do poder punitivo estatal, marcado pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular. É o punitivismo exagerado, desnecessário e abusivo, que surrupia a vontade popular quando transmite ilusoriamente a solução para um problema de extrema complexidade, aproveitando-se da emotividade para a obtenção do apoio popular, visando expandir ainda mais o sistema penal repressivo, que por vezes é injusto e seletivo, exercido majoritariamente contra determinados setores sociais mais vulneráveis.²⁸⁰

As garantias individuais dos seres humanos, imbuídas de valores históricos e de lutas pelos ideais que atualmente se encontram enraizados nas Constituições, tratados e convenções internacionais, são as que justamente mais têm sofrido com o populismo penal. A opinião pública, guiada pelo suposto sentimento de medo e impunidade, propõe e apoia as medidas de minimização das garantias e permite a mitigação de princípios. É o caso, por exemplo, da presunção de inocência, sendo recorrentes as situações em que o legislador e o julgador transferem aos acusados o dever de provar a licitude de seus atos, realizando presunções sobre a ilegalidade das condutas.²⁸¹

²⁷⁸ SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (org.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: EDUFBA, 2013, p. 36.

²⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-102.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de**

Nessa senda, Karam observa:

É tendo em conta a dignidade inerente a cada um dos indivíduos que as normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas proclamam a presunção de inocência, construindo uma situação de inocência e reconhecendo um estado de inocência a todos os indivíduos. Os enunciados contidos nessas normas fundamentais revelam que é de direito fundamental do indivíduo o de ser considerado e tratado como inocente enquanto não lhe for imposta uma condenação definitiva, seja esse indivíduo quem for, seja qual for a gravidade do crime de que é acusado, sejam quais forem as aparências e probabilidades de ter ele efetivamente praticado tal crime.²⁸²

Ao assegurar o princípio da presunção de inocência, o legislador constituinte originário utiliza a expressão “ninguém será considerado culpado” para fazer alusão ao seu estado de inocência, de modo a se concluir que só existem duas possibilidades: ou o indivíduo é inocente ou é culpado. À luz do texto constitucional, não há um estado intermediário. Por outro lado, também houve a decisão do poder constituinte de afirmar, na Carta Magna, o marco temporal intransponível, a saber, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de modo que ninguém poderá ser considerado culpado antes dessa situação jurídica de definitividade. Isto significa que o indivíduo resguarda, inevitavelmente, o seu estado de inocência até que haja decisão definitiva de condenação em sentido contrário.²⁸³

Com efeito, ninguém pode sofrer os efeitos de uma condenação sem que esta lhe tenha sido imputada, em processo regular, por sentença que não mais se submeta a qualquer espécie de recurso, porquanto a pena pressupõe a formação em definitivo da culpa. O estado de inocência permanece ao longo de todo o desenlace processual penal. A eventual condenação em sede de primeiro grau em nada prejudica a presunção de inocência, pois o processo não chega ao fim enquanto couber a interposição de recursos contra a sentença condenatória. Até lá, o resultado pode ser modificado em diversos aspectos, tendo em vista que o órgão jurisdicional superior pode afastar a originária sentença condenatória, absolvendo o acusado, o que ocorre com certa frequência.²⁸⁴

À luz do texto constitucional, a inocência se afeiçoa à liberdade no processo penal, no sentido de não punir o acusado antes do provimento jurisdicional condenatório transitado em

Direito, Política e Filosofia, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol1_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 56.

²⁸² KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 2.

²⁸³ ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 65.

²⁸⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 2-3.

julgado. Logo, todos os indivíduos são inocentes; esse estado só pode ser alterado por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A norma manifesta o direito do acusado de ter o seu estado de inocência inalterado, como subsequente garantia do estado de liberdade, até sentença penal condenatória da qual não cabe mais nenhuma espécie de recurso.²⁸⁵

A primazia do direito penal máximo, inspirado no discurso do populismo penal, tem sido predominante nas últimas décadas. Em paralelo, o modelo minimalista extraído das normas constitucionais limitadoras do poder estatal presentes na CF de 1988 passou a enfrentar uma crise antes mesmo de se consolidar, o que é notável ante o fenômeno do aprisionamento em massa. Não só os políticos aderiram ao discurso penal populista, mas também parcela do Poder Judiciário, que sufocada pela criminologia midiática, prende cada vez mais.²⁸⁶ Como resultado, observa-se o encarceramento massivo, sobretudo daqueles formalmente inocentes, especialmente com base nos recentes julgados do STF.

A partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44 e do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, o STF permitiu a imposição da pena privativa de liberdade antes do marco temporal e constitucional do trânsito em julgado. Assim, um indivíduo que ainda conserva o estado de inocência, pelo menos à luz do inciso LVII do art. 5º da CF, pode ser encarcerado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a fim de cumprir uma pena pela qual não teve a culpa formalmente estabelecida.

Em contraposição ao recente julgado da Suprema Corte, Karam entende que a presunção de inocência só poderá ser desfeita após o pronunciamento definitivo que põe fim ao processo:

Obviamente, o processo só chega ao fim quando forem esgotadas todas as possibilidades de interposição de recursos. Somente aí, se for imposta ou se tiver sido mantida a condenação, é que a presunção de inocência será desfeita. Somente aí, depois desse pronunciamento definitivo que impõe ou confirma uma condenação, é que se pode efetivamente dizer que alguém, de fato, praticou um crime. Só depois desse pronunciamento definitivo que impõe ou confirma uma condenação é que o Estado estará autorizado a fazer valer o seu poder de punir. Só depois desse pronunciamento definitivo que impõe ou confirma uma condenação é que o réu poderá sofrer a pena. Na

²⁸⁵ ERRERIAS, Nancy Bersani. **O princípio da presunção de inocência:** garantias constitucionais e o conflito de liberdade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense (UNIPAR). Umuarama, 2007. Disponível em: <<http://seshat.unipar.br/trabalho/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-garantias-constitucionais-e-o-conflito-de-liberdade>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 120-121.

²⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático:** caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-101.

ação penal condenatória, portanto, o réu há de ser tratado como inocente, até que se opere o trânsito em julgado de um pronunciamento condenatório.²⁸⁷

O princípio da presunção de inocência pode ser compreendido sob dois enfoques: o formal e o substancial. O aspecto formal consiste na sua qualidade de direito constitucional fundamental, enquanto o aspecto substancial diz respeito às repercussões nos campos processual, probatório e no tratamento do acusado. Por força de seu aspecto formal, a presunção de inocência paira sobre o acusado da prática de crime, pelo menos até que se prove o contrário através de sentença final. Logo, o acusado é considerado inocente ao longo de todo processo penal, *status* que apenas se altera por meio de sentença condenatória irreversível que o declare culpado.²⁸⁸

Com base na nova interpretação (restritiva) conferida pelo STF, minimizando o princípio da presunção de inocência ao permitir a execução antecipada da pena, pode-se afirmar categoricamente que o Judiciário brasileiro está aprisionando indivíduos formalmente inocentes.

O problema é que o entendimento do STF não acarreta somente uma violação ao estado de inocência, assegurado ao acusado, porquanto uma série de direitos e garantias fundamentais estará igualmente desrespeitada, haja vista os efeitos degradantes que o encarceramento irá produzir a um indivíduo que formalmente ainda guarda a situação de inocência. Além de considerar as implicações político-criminais dessa medida, apresentam-se, ainda, as consequências psicológicas e sociais do aprisionamento.

Segundo Caleffi, as decisões favoráveis à execução antecipada da pena parecem ter sido baseadas “na realidade penitenciária de outro país. Talvez por isso, a (equivocada) referência a sistemas processuais estrangeiros por oportunidade da decisão do *Habeas Corpus* nº 126.292”.²⁸⁹

Portanto, necessário interpretar a presunção de inocência de forma ampla, como garantia que paira sobre o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Destarte, depreende-se que a decisão da Suprema Corte é um instrumento que proporciona a prisão de indivíduos formalmente inocentes, desconsiderando todas as consequências que o cárcere irá ocasionar a esses cidadãos, igualmente detentores de direitos fundamentais.

²⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 3.

²⁸⁸ ERRERIAS, Nancy Bersani. **O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense (UNIPAR). Umuarama, 2007. Disponível em: <<http://seshat.unipar.br/trabalho/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-garantias-constitucionais-e-o-conflito-de-liberdade>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 133-134.

²⁸⁹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 149.

Em arremate, na mesma linha de pensamento e fazendo coro com a doutrina de Barroso sobre o contexto abordado nesta seção, “o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um Tribunal digno desse nome [STF] não pode decidir pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da sabedoria política universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso”.²⁹⁰

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 42.

4 AS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS DA MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

“O que existe é um conjunto de medidas de exceção. É um poder desconstituente no Brasil que está esvaziando os direitos. A Constituição está sendo esvaziada de sentido, ela está se tornando simbólica, pela deslealdade dos incumbidos de aplicação” (Pedro Estevam Alves Pinto Serrano).²⁹¹

A política criminal – como já introduzida na seção anterior –, entendida como programa governamental sobre o desenvolvimento do sistema de justiça criminal, consiste no conjunto de objetivos ideológicos e procedimentais que norteiam os poderes constituídos na consecução da prevenção e repressão ao fenômeno da criminalidade, envolvendo diretamente a elaboração, a reforma e a transformação das leis criminais e dos seus órgãos executores²⁹², com abrangência sobre as áreas de segurança pública, de política judiciária e de política penitenciária.²⁹³ Desse modo, dissemina-se nas diversas esferas de atuação estatal.²⁹⁴

Diversos são os modelos de política criminal adotados pelas sociedades contemporâneas e estudados pela doutrina, entre os quais podem ser destacados aqueles definidos como minimalistas²⁹⁵, maximalistas²⁹⁶ e abolicionistas²⁹⁷. A despeito das discussões promovidas sobre esses modelos, vê-se, em termos constitucionais – conglobados com os documentos internacionais sobre direitos humanos até então adotados pelo Brasil –, diretrizes

²⁹¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Pedro Serrano: 'Nunca atravessamos um momento tão aproximado do nazifascismo'. In: **Rede Brasil Atual**, Política, Estado de Exceção. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/07/pedro-serrano-nunca-atravessamos-um-momento-tao-aproximado-do-nazifascismo>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁹³ BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. In: **Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: v. 1. n. 2, jul.-dez. 2009, p. 20-39. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3373/337327171003>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41.

²⁹⁵ “Modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁹⁶ “Sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou ‘totais’, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁹⁷ Modelo que rejeita a legitimidade do âmbito da proteção penal, buscando a sua abolição, ao propor a substituição por outros métodos de solução dos conflitos. Cf. GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

teóricas que apontam a uma concepção de direito penal mínimo – segundo a compreensão de Ferrajoli.²⁹⁸

Esse modelo de atuação penal, pautado pela filosofia política do Iluminismo, traz a necessidade de que as legislações, sejam elas de caráter formal ou material, estejam “entremeadas de precauções destinadas à proteção dos direitos daqueles cidadãos que entram em contato com o direito penal”.²⁹⁹

A par disso, não se pode, sob a perspectiva de combate desenfreado às condutas criminosas, transpor a barreira dos direitos fundamentais, uma vez que os contornos constitucionais objetivam a definição de uma racionalidade à intervenção penal, “deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”.³⁰⁰ Assim, a política criminal deve propor uma harmonização entre os direitos fundamentais e as normatizações do direito penal, processual penal e de execução penal, balizados no projeto de um Estado Democrático de Direito.³⁰¹

Sobre isso, ressalta-se a definição constitucional da presunção de inocência como um dos princípios de forte influência na formatação da política criminal, sobretudo por sua atuação intimista com a liberdade individual e a respectiva exposição pública dos acusados, impondo a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para aplicação penal, além de figurar “como limitação teleológica à aplicação da prisão preventiva e de todas as medidas cautelares”.³⁰² A esse respeito, tem-se que o conteúdo normativo do referido princípio proíbe a fixação de medidas em formato de antecipação da pena, sobrelevando a necessidade de que a presunção de inocência deve ser tida como orientação e limite para a aplicação de medidas judiciais, especialmente as de natureza cautelar.³⁰³

Com efeito, a partir dos recentes julgamentos do STF, observa-se que a presunção de inocência tem sofrido considerável mitigação em sua aplicação, ante a adoção de

²⁹⁸ BRASIL. Centro Universitário de Brasília. **Direito penal e constituição**: material didático do programa de mestrado e doutorado em direito. UniCEUB. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/208669/Verde.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Backman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 36.

³⁰⁰ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

³⁰¹ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2012. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁰² NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

³⁰³ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **A prisão preventiva e as restantes medidas de coação**: a providência do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal. Portugal: Almedina, 2004, p. 52.

entendimento favorável à possibilidade da imposição da pena de forma antecipada, mesmo diante da respectiva disposição constitucional.

Isso desvela a importância de uma incursão nas consequências político-criminais impostas com esse entendimento, ou seja, os reflexos no sistema de justiça criminal a partir das decisões sob estudo, a qual será realizada, desde a principiologia que envolve a limitação do poder estatal, perpassando por questões acerca do sistema prisional brasileiro, do conflito com as políticas judiciárias até então adotadas e do acesso à justiça, até se chegar ao exame acerca de como tal entendimento impõe um estado de exceção permanente e a sua nocividade aos direitos fundamentais.

Desse modo, faz-se necessário analisar alguns elementos intrínsecos (a exemplo do acesso à justiça em todos os seus graus de jurisdição) e extrínsecos (a exemplo da questão do sistema prisional brasileiro e a perspectiva inversa às políticas judiciárias) das decisões estudadas, que emanam um ideário diverso daquele proposto pela CF de 1988, sobretudo no que diz respeito às limitações estabelecidas pelo constituinte originário.

4.1 Os princípios constitucionais penais correlacionados com a presunção de inocência na delimitação do poder estatal

Como visto, a promulgação da CF de 1988 inaugurou um novo período na história do Brasil, rompendo com o regime da ditadura militar e instituindo um Estado Democrático de Direito, assim tratado desde o preâmbulo do novel texto constitucional à definição dos fundamentos da República.³⁰⁴

Decerto, o Brasil deu um salto de qualidade no cenário político e social, inaugurando a vivência de um período democrático, no qual o poder foi devolvido ao povo, juntamente com a objetivação de proteção aos direitos anteriormente restringidos, e até abolidos. Isso ocorre por força da interação entre o Estado de Direito³⁰⁵ e o regime democrático, os quais, associados, transmitem a ideia de que o país não se constitui em um Estado de Polícia, onde

³⁰⁴ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁰⁵ De acordo com Streck e Morais, “o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumento regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 83-84.

prepondera o autoritarismo e a aversão aos direitos humanos, mas se revela um Estado mantenedor de direitos inalienáveis, defensor da democracia e das liberdades públicas.³⁰⁶

Nesse contexto, depreende-se que a noção de Estado Democrático está intimamente relacionada à respeitabilidade aos direitos e garantias fundamentais, inspirando a promoção de um governo em favor dos cidadãos. Sob essa perspectiva, o objetivo democrático apenas é alcançado por meio do atendimento das citadas normas fundamentais, de modo que a afirmação do Estado Democrático de Direito sobreleva a ideia imperativa de que as autoridades públicas devem respeitar os direitos encartados na Constituição, os quais servem como instrumentos de delimitação do poder estatal, evitando ações excessivas e arbitrárias.³⁰⁷

Em verdade, representando as limitações impostas ao poder estatal pelo constituinte através da soberania popular, os direitos fundamentais são amplamente visualizados no decorrer do texto constitucional, merecendo destaque os direitos individuais e coletivos, elencados no rol do art. 5º da Carta da República, de onde é possível extrair importantes garantias asseguradas ao cidadão acusado da prática delitiva e que refletem diretamente no modo como a legislação pertinente ao direito penal, processual penal e à execução penal é compreendida e interpretada.³⁰⁸

Nessa linha, os direitos e garantias fundamentais funcionam como mecanismos jurídicos que delimitam o poder de punir do Estado em face do indivíduo, especialmente quando este pratica uma conduta definida como crime. Portanto, tais normas servem como norteadoras da justiça criminal, resguardando os bens jurídicos essenciais ao ser humano. Assim, os princípios e regras constitucionais funcionam como parâmetros que conferem legitimidade às leis penais e processuais penais e delineiam o âmbito de sua aplicação, motivo pelo qual as referidas legislações devem guardar estrita observância às garantias e aos direitos insculpidos na CF, uma vez que nela encontram os seus fundamentos de validade.³⁰⁹

É o caso, por exemplo, da presunção de inocência, que objetiva, na forma em que expressa em nossa Constituição (art. 5º, inciso LVII), a impossibilidade da qualificação de um cidadão como culpado, tampouco a imputação de uma pena, senão após a sua eventual condenação por sentença penal transitada em julgado.³¹⁰

³⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 510-511.

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰⁸ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 245.

³⁰⁹ MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

³¹⁰ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Dessarte, a presunção de inocência correlaciona-se com os princípios constitucionais penais – intervenção mínima, ofensividade, legalidade, culpabilidade e humanidade³¹¹ –, ao tempo que tais normas delimitam o poder estatal em seu viés mais invasivo, isto é, a atuação penal.

Enquanto a presunção de inocência impõe este estado ao indivíduo até a definitividade do julgamento e apresenta diretrizes ao caminho que deve ser percorrido para a eventual formação da culpa, a limitação imposta pela intervenção mínima diz respeito à definição das condutas que poderão ensejar a aplicação do *jus puniendi*, o qual somente deverá ser exercido quando existir a real necessidade de prevenir eventuais lesões aos bens jurídicos mais importantes, definidos democraticamente, respeitando-se os direitos fundamentais.³¹²

Em verdade, o princípio da intervenção mínima, também denominado de *ultima ratio* (última razão)³¹³, tem como escopo orientar e limitar o poder incriminador do Estado, preconizando que só é legítima a criminalização de uma conduta quando esta for o único meio capaz de salvaguardar bens jurídicos fundamentais.³¹⁴ Tal demarcação diz respeito não só aos direitos individuais, mas também aos valores coletivos que habitam a diversidade da vida em sociedade.³¹⁵

Destinada principalmente aos Poderes Legislativo e Judiciário, a intervenção mínima deve ser erigida por ocasião da eleição das condutas que serão criminalizadas, fazendo com que o legislador se abstenha de incriminar comportamentos que não possam ser controlados por outros ramos do direito, bem assim por ocasião da interpretação dos fatos levados ao seu crivo.³¹⁶

Na percepção de Zaffaroni e Pierangeli, a intervenção mínima é compreendida como uma tendência político-criminal contemporânea, defendendo a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito corriqueiro e contraproducente da intervenção penal do Estado. A intervenção mínima reúne argumentos minimalistas e a experiência negativa quanto às intervenções que exacerbam os conflitos ao invés de resolvê-

³¹¹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹² *Ibid.*, p. 70-71.

³¹³ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 329.

³¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹⁵ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

³¹⁶ MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014, p. 86-87.

los. Em síntese, apresenta-se como reação equilibrada ante a crença ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos.³¹⁷

Não obstante a ausência de previsão expressa na CF, Barros Lima defende ser um princípio implícito em nossa Carta Política, extraído da previsão expressa no § 2º do art. 5º, além da dignidade humana (art. 1º, III) e da determinação de efetivação do bem de todos (art. 3º, IV), ao ponderar que não se concebe, em um Estado que define tais princípios, a criminalização arbitrária.³¹⁸ Do mesmo modo, a teoria do direito penal mínimo está enraizada no espírito da Carta da República e nos princípios informadores do direito penal, como é o caso da própria intervenção mínima e seus desdobramentos, tais como a subsidiariedade³¹⁹ e a fragmentariedade³²⁰.

É importante deixar claro que a proposta da intervenção mínima não é acabar com o direito penal, mas reduzir o seu âmbito de aplicação na resolução punitiva dos conflitos. Nessa esteira, a redução da ingerência penal do Estado acaba se mostrando como um mecanismo de delimitação do poder estatal, assim como ocorre com o princípio da presunção de inocência e outros direitos e garantias do acusado.

Em complemento ao princípio da intervenção mínima, ergue-se o princípio da ofensividade com o fito de limitar ainda mais o poder estatal, ao circunscrever que apenas poderão ser criminalizadas e punidas as condutas que afetem os direitos de terceiros. Nessa linha, Greco aponta as funções do referido princípio, a dizer: *i)* “proibir incriminação de uma atitude interna”; *ii)* proibir incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”; *iii)* proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”; e *iv)* “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”.³²¹

Sendo, a ofensividade ou lesividade, limitador, especialmente dos Poderes Legislativo e Judiciário, devem então, legislador e juiz, circunscrever suas atuações aos delitos que sejam,

³¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³¹⁸ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

³¹⁹ Insta salientar que a subsidiariedade do direito penal provém da ideia de que este ramo do direito funciona como remédio sancionador extremo (*ultima ratio*), devendo ser utilizado somente quando os outros ramos do direito se revelam ineficientes. Isto é, a intervenção do Estado, por meio do direito penal, apenas deve acontecer quando constatado o fracasso dos demais obstáculos protetores do bem jurídico. Até porque, se o Estado busca outras formas de punição e de composição dos conflitos para tutelar bens jurídicos, consequentemente decide também não intervir com o seu poder incriminador. Cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³²⁰ A partir do momento em que o direito penal é compreendido como uma parte do direito com atuação apenas em último caso, a intervenção mínima conquista efeito prático sob o manto também do princípio da fragmentariedade, ao agir nos casos em que haja efetiva lesão a um bem jurídico tutelado pelo âmbito penal. Cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³²¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 101.

de fato, ofensivos, lesivos, ou, ao menos, perigosos aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Por isso, a sua limitação não comporta abertura para que o direito penal sirva à imposição de padrões morais de condutas, mas que se mantenha como ramo tutor dos bens jurídicos mais importantes e em último grau de ingerência.³²²

No mesmo sentido, a legalidade (ampla) apresenta-se como uma demarcação constitucional ao poder estatal, ao preconizar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF).³²³ Constituindo um direito oponível ao Estado³²⁴, a legalidade aplicada ao âmbito de atuação penal (reserva legal, taxatividade e anterioridade) se traduz na regra aportada no inciso XXXIX do art. 5º da CF, o qual prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.³²⁵

De acordo com Greco, a legalidade penal tem as seguintes funções: *i)* “proibir a retroatividade da lei penal”; *ii)* “proibir a criação de crimes e penas pelos costumes”; *iii)* “proibir o emprego de analogia para criar crimes”; e *iv)* proibir incriminações vagas e indeterminadas”.³²⁶

Quanto ao princípio da culpabilidade, conquanto a sua terminologia assuma significados variados no direito penal³²⁷, trata-se aqui da “imposição restritiva material”, ou seja, a impossibilidade de responsabilização objetiva, “exigindo mesmo, para que o fato seja típico, a responsabilização subjetiva do agente por dolo ou, no mínimo, por culpa”.³²⁸ Significa dizer que o Estado, a partir desse princípio, acha-se limitado quanto ao apontamento de conduta descrita como crime, quando “derivada tão só de uma associação causal entre a conduta e um resultado lesão ou perigo para um bem jurídico”.³²⁹

Já o princípio da humanidade, ou da dignidade da pessoa humana, no contexto específico do direito penal, relaciona-se ao fato de que a imposição das penas não pode se

³²² BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

³²³ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³²⁴ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

³²⁵ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 146.

³²⁷ A terminologia culpabilidade pode ser entendida a partir das seguintes significações: *i)* responsabilidade subjetiva; *ii)* juízo de reprovação social; e *iii)* medida de pena, constante no art. 59 do CP. Cf. BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

³²⁸ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

³²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 104.

distanciar da natureza humana do apenado, protegida pela norma constitucional, razão por que impossibilita a existência de sanções penais que objetivem o sofrimento em demasia ao indivíduo, “pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana”.³³⁰

A presunção de inocência, por seu turno, apresenta-se como obstáculo à imposição de consequências jurídicas anteriores ao trânsito em julgado, bem assim, direcionado ao julgador, como baliza ao juízo meritório sobre a acusação, a qual somente deverá restar procedente quando evidenciadas provas inequívocas da culpabilidade do acusado.³³¹

Os princípios estudados (intervenção mínima, ofensividade, legalidade, culpabilidade, humanidade e presunção de inocência) – restrições aos arbítrios punitivos do Estado – encontram respaldo na teoria do direito penal mínimo, que visa assegurar maior proteção e eficácia aos direitos e garantias do indivíduo, limitando o poder de interferência do Estado, sobretudo a utilização autoritária e excessiva do direito de punir.

Na dicção de Ferrajoli, o direito penal mínimo “corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”.³³² Essa certeza, garantida pela máxima *in dubio pro reo* – desdobramento da presunção de inocência –, é demonstrada, através do direito penal mínimo, na segurança de que a pena não deverá atingir os formalmente inocentes, devendo ser aplicada apenas mediante o devido processo legal.³³³ Decerto, para a aplicação da pena nesse modelo, impõe-se a existência de provas substanciais da prática delitiva “– quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza”.³³⁴

Com efeito, não obstante tais garantias constitucionais, a realidade brasileira tem demonstrado uma maior utilização do sistema de justiça criminal em todas as suas vertentes, buscando a resolução da criminalidade através do aprisionamento, como se observa com a permissão à antecipação da execução das penas privativas de liberdade.

O consectário lógico da associação dos elementos expansivos da atuação penal é o incremento do sistema de execução penal, sobretudo do aprisionamento, com o objetivo de efetivar as prisões cautelares e as sanções impostas. Com isso, importa refletir acerca da real

³³⁰ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

³³¹ SILVA JÚNIOR, José Ailton da. O mito da expansão do punitivismo como meio de controle criminal: breve reflexão sobre a relativização da presunção de inocência no STF. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

³³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83-84.

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid., p. 85.

situação do sistema penitenciário brasileiro e acerca do ultraje perpetrado aos direitos humanos fundamentais.

4.2 O crescimento no fenômeno prisional e a situação do sistema penitenciário brasileiro

Quando um cidadão transgride a lei penal se estabelece, entre ele e o Estado, uma relação jurídica, ocasião em que deve emergir – em restando o agente condenado após sentença condenatória transitada em julgado (em tese) – o *jus puniendi*, que consiste no direito que o Estado possui de atuar sobre os infratores da norma penal, em defesa do convívio em sociedade.³³⁵

Em um Estado Democrático de Direito, o direito de punir, por ser uma prerrogativa estatal, não é concedido a nenhum cidadão.³³⁶ O *jus puniendi* tem como objetivo a imputação de uma sanção ao sujeito que viola a norma penal, constituindo-se em uma resposta do Estado, por intermédio da persecução penal, ao sujeito que praticou uma infração criminal, consistindo na redução de um bem jurídico do infrator, ao tempo que busca conter a prática de novos delitos.³³⁷

Uma das mais antigas e conhecidas sanções na história da humanidade é a pena de prisão. No direito penal hodierno, a prisão ainda é a principal pena aplicada pelo Estado, a qual provoca a supressão da liberdade individual de locomoção do infrator. Diversas foram as penas aplicadas durante a história da civilização humana; “pena de morte, desterro, penas privativas de liberdade, penas pecuniárias, penas restritivas de direitos e outras modalidades compõem um conjunto de possibilidades de intervenção do Estado na vida dos sujeitos como forma de responsabilização”, sendo, a pena de prisão, a protagonista e a mais aplicada no mundo contemporâneo.³³⁸

Como visto na seção anterior, observa-se que os números da população carcerária são crescentes e preocupantes, caracterizando o fenômeno sociopolítico denominado de “encarceramento em massa” ou “grande encarceramento” (*mass imprisonment*)³³⁹. A

³³⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

³³⁶ A autotutela constitui o crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345 do CP, *in verbis*: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”. In: BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³³⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

³³⁸ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem**: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos. Maceió: Edufal, 2017, p. 41.

³³⁹ GARLAND, David. **Mass imprisonment: social causes and consequences**. Londres: Sage Publications, 2001.

doutrina majoritária que se dedica ao estudo do tema contextualiza o problema a partir de uma visão sociopolítica e econômica que indica uma tendência à utilização do sistema penal para gerar controle sobre as classes marginalizadas, classificadas como “classes perigosas”.³⁴⁰

Convergindo com o entendimento acima referido, Silva Sánchez alerta sobre a apresentação, com frequência, da expansão do direito penal em torno da “perversidade do aparato estatal”, em prol de uma estabilidade da utilização da atuação penal como “uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)”.³⁴¹

Nesse contexto, a prisão no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em diversas modalidades, o que poderia, *a priori*, explicar uma tendência normativa ao encarceramento e, por sua vez, representar um recurso que vem sendo utilizado em demasia, apresentando reflexos no crescimento do fenômeno prisional. Não se pretende aqui defender a desnecessidade das prisões, como previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas suscitar reflexões acerca da exorbitância de sua utilização, passando da excepcionalidade para a esfera do natural.³⁴²

De acordo com a legislação pátria, a restrição da liberdade individual se dá em duas hipóteses: prisão definitiva e prisão processual. A prisão definitiva, também denominada de prisão sanção ou prisão pena, encontra amparo legal no art. 32 do CP³⁴³ e também na Lei de nº 7.210/84 – LEP. A prisão como sanção fundamenta-se na sentença penal transitada em julgado, a qual haja condenado o infrator ao cumprimento de pena privativa de liberdade. Nesse sentido, a prisão definitiva é aquela decorrente de sentença penal condenatória definitiva, tendo como finalidade a aplicação da pena privativa de liberdade.³⁴⁴

³⁴⁰ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017, p. 41.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

³⁴² Mesmo sob a concepção de um direito penal mínimo, a prisão preventiva se mostra necessária, desde que disciplinada, “amarrada a freios e contrapesos espalhados pelo ordenamento jurídico, os quais devem ser sopesados, quando do uso desta modalidade de aprisionamento”. Cf. NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima; SILVA, Felipe Rosa. Prisão preventiva na atualidade: entre minimalismo e eficientismo. In: BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de; SILVA, Nathália Ribeiro Leite (org.). **Direito penal e constituição**. Maceió: Edufal, 2017.

³⁴³ “Art. 32 - As penas são: I - **privativas de liberdade**; II - restritivas de direitos; III - de multa”. In: BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018 (sem grifo no original).

³⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Como é sabido, o art. 33 do CP subdivide a prisão definitiva em reclusão e detenção, sendo a pena de reclusão aquela a ser cumprida em regime fechado³⁴⁵ – o qual vem apresentando crescimento significativo no Brasil³⁴⁶ –, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção é aquela cumprida em regime semiaberto ou aberto.³⁴⁷

Doutra banda, a prisão processual, também conhecida como cautelar ou provisória (*lato sensu*), encontra amparo legal do art. 282 ao 318 do CPP e também na Lei de nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária. Ao contrário da prisão definitiva, a prisão cautelar pode ser imposta em qualquer fase do processo, mesmo antes do trânsito em julgado, podendo restringir a liberdade de locomoção do indivíduo ainda durante as investigações policiais ou no curso da ação penal, objetivando, sobretudo, resguardar o processo de conhecimento³⁴⁸, subdividindo-se em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, todas com previsão constitucional, conforme o teor do inciso LXI do art. 5º da CF de 1988.³⁴⁹

A prisão em flagrante, de acordo com as disposições do art. 301 do CPP, poderá ser efetuada por qualquer do povo ou pelas autoridades policiais e seus agentes, quando alguém

³⁴⁵ Sobre isso, Nucci expõe que “o regime fechado deveria ser cumprido em cela individual, durante a noite, além de proporcionar um dia inteiro de trabalho ou estudo, com horas de lazer. Vê-se, na prática, algo totalmente divorciado do texto legal, atingindo lesões evidentes ao princípio da humanidade. O recluso vive em celas repletas de presos – superlotadas – experimentando durante o dia a completa inatividade e o ócio. Como se pode aprimorar a personalidade de um criminoso nesses moldes? É humanamente impossível. Entretanto, a sociedade parece ignorar, de propósito, tal situação. Sob outro lado, o governante faz questão de se omitir, pois presos nunca deram votos. É fundamental mostrar à sociedade a vantagem de se aperfeiçoar o sistema carcerário, visto que os sentenciados retornam ao convívio social após algum tempo; deveriam voltar mais preparados e profissionalizados”. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 132.

³⁴⁶ “O anuário estatístico Justiça em Números 2016 aponta para o crescimento das penas de encarceramento impostas pela Justiça no país. Em 2015, 281.007 penas privativas de liberdade começaram a ser cumpridas em todo o país, quase o dobro do número de 2009 – 148 mil. Um crescimento de 6%, em relação ao ano anterior, e de 90% em relação a 2009. A população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, tendo crescido 267% nos últimos 14 anos, atingindo a marca de 622 mil pessoas presas”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁴⁷ Enquanto a execução da pena no regime fechado acontece em estabelecimento de segurança máxima ou média – quando o agente for condenado a pena superior a oito anos –, a execução da pena no regime semiaberto é realizada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar – quando o agente for condenado a pena superior a quatro anos e não superior a oito anos, desde que não seja reincidente. Por sua vez, a execução da pena no regime aberto ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado a essa finalidade – quando o agente for condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, desde que não seja reincidente. Cf. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016; e BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁴⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁴⁹ “Art. 5º [...] 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”. In: BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

estiver em flagrante delito, sendo a caracterização da flagrância especificada nos arts. 302 e 303 do CPP.³⁵⁰

Para além, conforme o art. 311 do CPP, a prisão preventiva é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, podendo ser decretada pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal. Pode também ser requerida pelo Ministério Público, querelante ou assistente, ou ainda por representação da autoridade policial. Os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão previstos nos arts. 312 e 313 do CPP.³⁵¹

Por sua vez, a prisão temporária é regulamentada pela Lei de nº 7.960/89, podendo ser decretada por meio de representação feita pela autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, privando a liberdade de locomoção do indivíduo pelo prazo de cinco dias, o qual pode ser prorrogado por igual período, verificando-se a extrema necessidade.³⁵² Em se tratando de crime hediondo ou assemelhado, nos termos da Lei nº 8.072/90, o prazo da prisão temporária é alargado para trinta dias, prorrogáveis por igual período, nos termos já descritos.³⁵³

³⁵⁰ “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. In: BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁵¹ “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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”. In: BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁵² “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. In: BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**: dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁵³ “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. In: BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**: dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

A prisão temporária é cabível quando imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o investigado não apresentar residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Além disso, é cabível quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova legalmente admitida, de autoria ou participação nos crimes especificados no art. 1º da citada legislação.³⁵⁴

Com isso, veem-se de forma panorâmica as possibilidades legais da submissão de um indivíduo ao cárcere, de modo a revelar a presença de diversas disposições normativas que possibilitam o encarceramento na legislação processual penal brasileira, o que, por sua vez, denota a possibilidade de uma atuação estatal repressiva, perfazendo uma parcela de contribuição para o crescimento do fenômeno prisional.

Decerto, como sustenta Pimentel, faz-se necessário analisar o crescimento do fenômeno prisional a partir da utilização, por parte do Estado, de mecanismos de controle e a implantação de políticas públicas que, desde o seu nascedouro, trazem a repressão como foco, “em detrimento de investimentos na prevenção, a exemplo de ações em áreas sociais e melhorias nos espaços urbanos periféricos”.³⁵⁵

O crescimento do fenômeno prisional não foi ocasionado somente pela referida inclinação legislativa ao cárcere, como bem observa Silva Sánchez:

Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”. Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas, na

³⁵⁴ “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); e p) crimes previstos na Lei de Terrorismo”. In: BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**: dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁵⁵ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem**: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos. Maceió: Edufal, 2017, p. 42.

consequente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal.³⁵⁶

De fato, o problema do encarceramento não é apenas legislativo, mas também cultural, como abordado anteriormente. Isso porque a prisão imediata é uma ferramenta simbólica utilizada para transmitir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça, além de inculcar na sociedade a ideia de uma pseudosseguença. Ao longo do tempo, o que foi concebido para ser uma medida excepcional acabou por se tornar um instrumento de utilização comum.³⁵⁷

Com efeito, a utilização em demasia do referido instrumento de repressão apresenta reflexos no sistema prisional brasileiro, o qual, atualmente, pode ser considerado um “barril de pólvora”, vivenciando uma situação bastante defasada e precária. De fato, o histórico do sistema prisional no Brasil é “marcado por uma condição de vulnerabilidade”.³⁵⁸

Se a finalidade é reeducar o indivíduo recluso para devolvê-lo à sociedade com a capacidade de conviver em harmonia e em paz, os presídios brasileiros não apenas deixam de cumprir com a sua finalidade, mas acabam transformando o custodiado em uma pessoa mais violenta e criminosa, como demonstram os dados acerca da reincidência no país.³⁵⁹ No ponto, insta ressaltar que a prisão, da forma como formatada nas instituições prisionais brasileiras, “tem o condão de acentuar a marginalidade já vivenciada por aqueles que ocupam os estratos mais baixos na estrutura social”, o que reflete diretamente nas questões relativas à reintegração social.³⁶⁰

³⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29-30.

³⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁵⁸ PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011, p. 98.

³⁵⁹ Em estudo realizado a partir de um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), utilizando-se, como parâmetro para a reincidência, os casos em que o indivíduo cumpriu pena, foi solto e voltou a ser preso para o cumprimento de nova pena (reincidência penitenciária), foram analisados diversos resultados, a partir de várias pesquisas já realizadas, escalonando-se os seguintes dados: *i*) Pesquisa realizada por Sérgio Adorno e Eliana Bordini – Resultado: 46,3% (São Paulo); *ii*) Pesquisa realizada por Julita Lemgruber – Resultado: 30,7% (Rio de Janeiro); *iii*) Pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – Resultado: 70% (Brasil) e 55,15% (Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro). Em linhas gerais, a pesquisa realizada pelo Ipea aponta que um em cada quatro presos condenados volta a ser condenado por novo delito dentro do prazo de cinco anos. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁶⁰ PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011, p. 94.

A situação é tamanha que o próprio Poder Judiciário, durante o julgamento do recurso extraordinário nº 592.581/RS³⁶¹, em posição inovadora, reconheceu a possibilidade de atuação jurisdicional imiscuir-se no âmbito de atuação do Poder Executivo para determinar medidas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais dos presos, embora não tenha havido, de fato, melhorias consideráveis.³⁶²

A conclusão é não somente que o sistema prisional brasileiro está em crise, mas que serve literalmente como escola do crime.³⁶³ Ao invés de o infrator ser mantido na prisão para cumprir sua pena e ressocializar-se, acaba por regressar ao convívio social, trazendo consigo uma atmosfera criminógena – em razão do contexto propício à violência –, somada à exclusão social em razão do cárcere, fatores que tendem a direcionar o indivíduo, novamente, à criminalidade.³⁶⁴

Como expõe Pimentel:

Ao invés da individualização da pena, o cotidiano prisional revela penas cumpridas com pouca ou nenhuma atenção aos sujeitos. Aceita-se superlotação, insalubridade, indignidade, em nome da punição. Mesmo em um país democrático como o Brasil, que tem a dignidade humana como um dos fundamentos da República, as violações aos direitos fundamentais dos custodiados ocorrem de forma sistemática, naturalizando-se na cultura carcerária.³⁶⁵

A superlotação do sistema carcerário obriga os detentos a travar uma luta por espaço. Não é rara a divulgação de notícias nas mídias sociais a respeito de presos mortos aleatoriamente, objetivando abrir espaço nas celas das delegacias, as quais, em diversas oportunidades, vêm cumprindo o papel dos presídios em razão justamente da superlotação nesses estabelecimentos. Aliás, nas penitenciárias é comum não apenas a realização de

³⁶¹ Tese fixada no julgado: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 592.581/RS**. Relator: ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁶² MENDES, Soraia da Rosa; SAMUEL, Fernando Oliveira. O julgamento do RE 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal: um passo adiante, dois passos atrás. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. In: **Revista USP**, mar.-mai. 1991, p. 65-78. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/revusp/article/viewFile/25549/27294>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁶⁵ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017, p. 42.

rebeliões em busca de melhores condições, mas também pela luta por maior espaço e por outros direitos mínimos.³⁶⁶

Sobre esse cenário, o ano de 2017 foi palco de diversas atrocidades ocorridas dentro do sistema penitenciário brasileiro. Três grandes rebeliões ocasionaram dezenas de mortes e variadas formas de violência aos custodiados. No Estado do Amazonas, várias rebeliões deixaram pelo menos 60 mortos; em Roraima, 33 presos foram assassinados; e, no Estado do Rio Grande do Norte, 26 presos foram mortos, sendo todos os corpos decapitados ou carbonizados. O quadro, para além da demonstração da crise vivenciada na atualidade, expõe a fragilidade do sistema penitenciário brasileiro.³⁶⁷

Desse modo, é visível que o cenário do sistema prisional brasileiro é devastador, pois carece de condições para a efetivação dos direitos humanos e cada vez mais produz distanciamento entre as normas de proteção aos direitos dos presos e a realidade cotidiana das práticas punitivas. Além da população carcerária imensa e crescente, as condições são precárias em todos os aspectos, tendo em vista que os espaços físicos são indignos e favorecem a proliferação de doenças e a violência em vários formatos (física, sexual e psicológica), além da violação a direitos sociais como saúde, educação e segurança.³⁶⁸

Não bastassem tais violações, pode-se mencionar, a título exemplificativo, o problema enfrentado hodiernamente pelos Estados Unidos da América onde, não obstante existirem estabelecimentos prisionais com estruturas mais sofisticadas – especialmente em face dos altos investimentos aclamados pela cultura do punitivismo –, observa-se o processo de desumanização proporcionado pelo sistema penitenciário nos moldes propostos na atualidade.³⁶⁹

É bem verdade que a doutrina penal moderna se orienta, em tese, pelos direitos e garantias fundamentais insculpidos na CF, sendo, a liberdade, a regra, constituindo-se, a prisão, como medida excepcional, como expõe Nucci ao defender a existência do princípio da duração razoável da prisão cautelar.³⁷⁰ Nesse sentido, Tasse expõe que a pena de prisão é um

³⁶⁶ ROURE, Denise de. Panorama dos processos de reabilitação de presos. In: **Revista Jurídica Consulex**, Brasília/DF, ano II, v. I, n. 20, p. 15, ago. 1998.

³⁶⁷ EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁶⁸ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017.

³⁶⁹ **A 13ª emenda**. Direção: Ava DuVernay. Produção: Netflix. Documentário, 100 min. Disponível em: <<https://www.netflix.com/watch/80091741>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

mecanismo essencial que está à disposição do Estado para reprimir o crime, sendo aplicada nos casos em que o delito foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, ofendendo, sobretudo, um bem jurídico relevante para a sociedade.³⁷¹ De fato, como já exposto, não se propõe a extinção das prisões, ante o reconhecimento da necessidade de sua utilização pelo aparelho estatal para o controle de situações que podem culminar em lesões aos bens jurídicos protegidos pela seara penal.³⁷²

É de se ressaltar que um dos principais motivos geradores do crescimento do fenômeno do encarceramento e, por conseguinte, da falência do sistema prisional no Brasil, tem sido a banalização das prisões cautelares – que hoje representam 41% dos encarcerados³⁷³ –, “a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida”.³⁷⁴

A utilização excessiva das prisões cautelares representa uma afronta ao princípio da presunção de inocência, quando sua aplicação não observa os critérios e pressupostos legais e ultrapassa os limites fixados pelo legislador, semelhante ao acontecido com a permissão da execução provisória da pena. Além disso, a prisão cautelar também é tratada como medida de combate à criminalidade, resultando no aumento do aprisionamento.

Nessa senda, Lopes Júnior defende que “as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea”, de modo que, “nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares”.³⁷⁵

Cabe registrar que o âmbito penal se obriga a dispor das máximas garantias individuais, tratando o direito à liberdade como um dos bens jurídicos mais importantes. Contraditoriamente, sua atuação, por intermédio do nosso sistema carcerário, só restringe formalmente o direito à liberdade, uma vez que na prática sua ação vai muito mais além, afetando diversos bens jurídicos. A vida, a integridade física e a liberdade sexual do detento

³⁷¹ TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁷² NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima; SILVA, Felipe Rosa. Prisão preventiva na atualidade: entre minimalismo e eficientismo. In: BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de; SILVA, Nathália Ribeiro Leite (org.). **Direito penal e constituição**. Maceió: Edefal, 2017.

³⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 821-822.

³⁷⁵ Ibid.

encontram-se em risco nos estabelecimentos prisionais, dadas as frequentes ocorrências de homicídios, agressões físicas e sexuais, além de diversos outros delitos.³⁷⁶

Como é cediço, o advento da CF de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, orientando a construção de todos os demais direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de natureza processual, abarcando extenso campo normativo de prevenção e reparação às ofensas a dignidade dos detentos. Contudo, esse sistema protetivo ainda não é suficiente para minimizar as violações recorrentes dos direitos humanos que o sistema prisional brasileiro protagoniza cotidianamente.³⁷⁷

Em que pese a contribuição decisiva para extinguir as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações, entre outros, a pena de prisão não tem correspondido às expectativas de cumprimento com o objetivo de recuperação do infrator. A atual sistemática da pena de prisão e sua finalidade constituem uma verdadeira contradição, diante dos enormes obstáculos visualizados à ressocialização do detento que se encontra em um estabelecimento prisional.³⁷⁸

Os direitos dos presos estão previstos na LEP, na CF de 1988, além dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, não constituindo um favor do Estado ou da sociedade em prol dos custodiados, mas um marco de civilidade do Estado Democrático de Direito para o trato com o ser humano. Ressalte-se que os direitos humanos não são atributos exclusivos de indivíduos considerados “honestos”, sem antecedentes criminais, mas se dispõem ao ser humano, independente da estigmatização ou esteriotipação social. O aprisionado deve cumprir a pena de forma ressocializadora e não para expiar sua culpa, sobretudo em condições deploráveis.³⁷⁹

Com isso, pode-se depreender que diversos foram os motivos que resultaram no crescimento do fenômeno prisional, o que, por sua vez, influenciou direta e indiretamente na falência do sistema penitenciário brasileiro. Para além do descompasso entre sistema prisional e observância aos direitos humanos, a determinação de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado pode resultar em agravamento da situação de desrespeito já existente

³⁷⁶ CALLEGARI, André Luís. O princípio da intervenção mínima no direito penal. In: **Boletim IBCCrim**, nº 70, set. 1998. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2348-O-principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁷⁷ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edefal, 2017.

³⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 130.

aos direitos fundamentais dos custodiados³⁸⁰ – especialmente quanto ao problema da superlotação –, seguindo um caminho inverso às políticas até então desenvolvidas pelo Poder Judiciário.

4.3 As políticas judiciárias desencarceradoras: a implementação das audiências de custódia, os mutirões carcerários e a priorização dos processos com réus presos

O atual cenário do sistema prisional brasileiro, introduzido na subseção anterior, foi discutido na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” nos estabelecimentos penitenciários e a adoção de providências estruturais diante das ofensas sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos.

A alegação utilizada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 teve por base a superlotação e as condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, que caracterizam um contexto fático incompatível com a CF, sobretudo diante da violação de diversos preceitos fundamentais, notadamente: *i*) a dignidade da pessoa humana; *ii*) o direito

³⁸⁰ A respeito dessa conclusão, não há, por parte do STF, CNJ ou do Ministério da Justiça, levantamento realizado até a presente data. Todavia, faz-se interessante apresentar contraponto ao estudo coordenado por Ivar Harmann (FGV Direito Rio), o qual defende que não haveria considerável aumento quantitativo de pessoas encarceradas com a permissão de execução provisória da pena, apontando, após “pesquisa empírica com técnicas quantitativas”, que o incremento do sistema penitenciário seria estimado em 0,6%. Tal pesquisa deve ser analisada com reservas, pois: *i*) as técnicas empregadas no estudo – através da coleta de dados por amostragem (limitada a 5%) e de forma automatizada – apresentam nítidas deficiências, sobretudo na definição dos termos “direito penal” e “direito processual penal” como filtro – diante da possibilidade de equívocos na alimentação do sistema de origem (o próprio estudo reconhece as dificuldades técnicas para a obtenção de informações completas e confiáveis nas plataformas de pesquisa), e inclusão de processos de réus condenados definitivamente e que discutem questões da execução penal, bem assim de réus que ainda não foram condenados pela primeira instância jurisdicional, ou seja, processos em que não se aplica a hipótese da execução provisória da pena, o que enseja aumento no quantitativo estatístico dos recorrentes que não serão atingidos pela decisão e, conseqüentemente, a diminuição da estatística supostamente reveladora do impacto no sistema prisional; e *ii*) houve a exclusão dos réus apenados com menos de oito anos de prisão, sem a devida consideração aos inúmeros casos de condenados a penas inferiores ao citado patamar, mas que possuem a fixação do regime inicial fechado. Ainda há que se levar em consideração que, mesmo que sejam tomados os dados como verossímeis, a pesquisa se apresenta como uma tendência eficientista, própria da ideia de populismo penal, consistente na utilização de números para a justificação de uma postura violadora dos direitos e garantias fundamentais, resumindo o complexo fenômeno da criminalidade às estatísticas, como se a prisão fosse uma solução messiânica, principalmente aquela anterior ao trânsito em julgado. Cf. HARTMANN, Ivar Alberto et al. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP:** um estudo empírico quantitativo. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>. Acesso em: 20 abr. 2018; e LIMA, Thais dos Santos. **Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas.** 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

de acesso à justiça; *iii*) a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante; e *iv*) os direitos sociais a saúde, trabalho, educação e segurança dos detentos.³⁸¹

Conforme o relatório produzido na decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, foram trazidos argumentos que apontam para as prisões como “verdadeiros infernos dantescos”, destacando as seguintes situações:

[...] celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. [...] instituições prisionais dominadas por facções criminosas. [...] é comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.³⁸²

O quadro é apontado como resultado de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos, abrangendo os de natureza normativa, administrativa e judicial. No ponto, ressaltou-se o descumprimento, por parte dos órgãos administrativos, de preceitos constitucionais e legais, sobretudo ao deixarem de criar a quantidade de vagas necessárias ao tamanho da população carcerária. Se assim o fizessem, as autoridades viabilizariam condições menos inadequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social e ao acesso à jurisdição.³⁸³

O contexto retratado ocorre também devido às falhas estruturais em políticas públicas, razão pela qual a solução do problema depende de providências por parte dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal. No que diz respeito especificamente ao Poder Legislativo, as políticas criminais que estão sendo adotadas são insensíveis ao sistema penitenciário, contribuindo para a superlotação nos presídios. Tal forma de atuação se refere à produção de “legislação simbólica, expressão de populismo penal”.³⁸⁴

Diante do quadro catastrófico do sistema prisional brasileiro, buscou-se através da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 a intervenção do STF mediante a

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁸² Ibid., p. 4.

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid.

declaração do “estado de coisas inconstitucional”, expressão utilizada inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia.³⁸⁵

Sobre essa terminologia, utilizada originalmente pelo Judiciário colombiano, Garavito e Franco sustentam que o reconhecimento da ideia de um “estado de coisas inconstitucional” decorre de situações fáticas de desrespeito ao texto constitucional, quando houver: *i*) a afetação a um extensivo quantitativo de pessoas, as quais defendam a violação de seus direitos, diretamente ou através de organizações que as amparem judicialmente; *ii*) o envolvimento de várias entidades estatais como demandadas pela responsabilidade acerca das falhas sistemáticas de políticas públicas; e *iii*) a implicação de ordens de execução complexas, a respeito das quais o Judiciário determina às autoridades públicas o empreendimento de ações coordenadas para a proteção de toda a população afetada, e não somente as partes do caso concreto.³⁸⁶

Todavia, o citado termo passou por incrementos, especialmente no âmbito da jurisprudência colombiana, tendo havido a consolidação dos requisitos para a declaração formal pela Corte Constitucional colombiana na *Sentencia de tutela* T-025 de 2004, quais sejam: *i*) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que venha a afetar um número significativo de pessoas; *ii*) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos fundamentais; *iii*) a adoção de práticas inconstitucionais; *iv*) a não expedição de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; *v*) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, requerendo a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exigindo um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e *vi*) um iminente congestionamento judicial pelo número alto de ações propostas.³⁸⁷

No caso brasileiro, foi sustentado, perante o STF, que a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” possibilita à jurisdição constitucional a determinação, às

³⁸⁵ “*Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU-250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T-525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* 5-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004”. Cf. PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017.

³⁸⁶ GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁸⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia de tutela T-025**. Bogotá. Relator: ministro Manuel José Cepeda Espinosa, julgado em 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

autoridades dos demais poderes constituídos, da adoção de providências em caráter de urgência que objetivem afastar as violações massivas aos direitos fundamentais, bem como a supervisão acerca da implementação dessas providências.³⁸⁸

A despeito das discussões envoltas na não adoção do “estado de coisas inconstitucional”, no Brasil, da forma como preconizado em seu país de origem, e devido à aplicação – formal – da técnica pelo STF ir de encontro ao exercício do papel inerente às Cortes Constitucionais, a gravidade do cenário apresentado pelo sistema prisional e a ineficiência das políticas públicas exigiram a intervenção do Poder Judiciário, com o escopo de proteger a dignidade e os direitos fundamentais dos custodiados.

É importante ressaltar que a adoção dessa medida não implica violação ao princípio democrático, tampouco à independência dos poderes, até porque os demais poderes permaneceram inertes, o que demandou a tomada de ações de forma urgente. Além disso, no caso sob enfoque, a atuação judicial é voltada à proteção de direitos fundamentais dos detentos, já que as políticas públicas até então desenvolvidas não foram suficientes a impedir as constantes ofensas aos preceitos constitucionais.³⁸⁹

Com efeito, buscou-se, com a citada ação, em um dos diversos pleitos formulados, o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica – diplomas jurídicos internacionais ratificados pelo direito brasileiro –, para que o Poder Judiciário observasse o direito à audiência de custódia, tendo em vista que o procedimento poderia influir na diminuição da quantidade de encarceramentos cautelares.

Sobre isso, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, nos termos do artigo 9, item 3, assegura que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁸⁹ Ibid.

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.³⁹⁰

Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, na forma do art. 7, item 5, determina que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.³⁹¹

À luz de ambos os dispositivos jurídicos internacionais, o STF acolheu o pedido da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 e determinou que os juízes e os tribunais estariam obrigados a realizar as audiências de custódia, no prazo de até 90 (noventa) dias, o que viabilizaria o comparecimento dos indivíduos detidos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado a partir do instante em que for efetuada a prisão.³⁹²

A decisão do STF, além da declaração formal do “estado de coisas inconstitucional” sobre o sistema penitenciário brasileiro, assegurou aos presos o direito à realização da audiência de custódia. Sobre isso, é inegável que a implementação das audiências de custódia se apresenta, em face do quadro do atual sistema prisional, como uma política criminal positiva – imposta, *in casu*, pelo Poder Judiciário – que visa conferir melhor tratamento ao indivíduo em cuja privação da liberdade incide, para além de tratá-lo de forma mais humanizada, apresentando-o à presença de um magistrado – e não só através de papéis –, o que tende a ser uma medida desencarceradora, na medida em que sua situação processual será avaliada com mais acuidade.

As primeiras experiências de aplicação de audiências de custódias já começaram a acontecer nos estados brasileiros, apesar de ainda não se ter constatado nenhum impacto

³⁹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 226/1991**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=226&tipo_norma=DLG&data=19911212&link=s>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹¹ BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 678/1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

significativo sobre os números da população carcerária. No ponto, vê-se, como defendido por Pimentel, que o aprisionamento em massa ainda é um fenômeno real e crescente no país.³⁹³

Calha registrar que a efetivação das audiências de custódia é a derradeira entre as medidas judiciais que visam amenizar as mazelas vivenciadas pelos presos nos estabelecimentos prisionais do país. De fato, em razão da acentuada demora no julgamento de processos criminais – visualizada por força da sobrecarga vivenciada pelo Judiciário nacional³⁹⁴ –, haja vista a escassez de estrutura física e de quadro pessoal do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem estabelecido a adoção de medidas que garantam maior celeridade processual, a exemplo dos mutirões carcerários e da priorização dos processos com réus presos.

A prática da realização de mutirões carcerários iniciou-se em 2008, por determinação do CNJ, e tem como finalidade a revisão da situação prisional de todos os réus acautelados com prisões definitivas ou provisórias, bem assim a execução de inspeções nos estabelecimentos prisionais, objetivando evitar descompassos com a legislação vigente e promover as melhorias necessárias.³⁹⁵

Para a operacionalização dessa política judiciária, criou-se, por intermédio da Lei nº 12.106/2009, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), órgão vinculado à estrutura do CNJ e que tem a incumbência de promover, entre outras atribuições relacionadas ao sistema prisional, os mutirões carcerários.³⁹⁶

³⁹³ PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017.

³⁹⁴ A “sobrecarga do direito implica uma sobrecarga também do Estado, pois, na modernidade, a pretensão de monopólio estatal da jurisdição faz com que Estado e direito passem a ter funções muito próximas, quase se confundindo. Se o direito se sobrecarrega, o mesmo ocorre com as responsabilidades que o Estado se arvora a respeito do tratamento dos conflitos jurídicos (fixação de condutas relevantes, proibição do *non liquet*, monopólio da jurisdição, plenitude hermética do ordenamento jurídico etc.). Dentro da divisão tradicional dos poderes estatais, o que se nota, então, é uma sobrecarga dos órgãos encarregados das decisões concretas, mormente o poder judiciário e os diversos conselhos e comissões do executivo.” In: ADEODATO, João Maurício. **Direito positivo como espaço da tolerância**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, 2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/ibet-antigo/wp-content/uploads/2016/07/Jo%C3%A3o-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>> Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹⁶ BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009**: cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

Essa medida visa efetivar, sobretudo, os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo³⁹⁷ e da razoável duração da prisão cautelar³⁹⁸, ao tempo que se consubstancia em medida de caráter político para concretização da normatização constitucional pertinente, diante das situações visualizadas no sistema carcerário, de sucessivos e progressivos descumprimentos aos dispositivos legais.

Como visto, o CNJ também estabeleceu como política desencarceradora a priorização de processos com réus presos, ao considerar a contextualização em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, por força do citado princípio da razoável duração do processo, além do conseqüente lógico ante a priorização natural dada a esses feitos. Com isso, determinou a análise da tramitação desses processos sem sentença por prazo superior a 90 (noventa) dias, além de propor a constante verificação da regularidade da tramitação dos processos com réus presos cautelarmente.³⁹⁹

Conforme o direcionamento imposto pelo CNJ, a implementação dessa política judiciária requer um esforço concentrado por parte dos magistrados e servidores do Poder Judiciário, com o intuito de realizar um choque de jurisdição penal, agilizando o julgamento de processos com réus presos, avaliando a necessidade das prisões provisórias e a possibilidade de concessão de medidas cautelares alternativas à prisão.⁴⁰⁰

Tem-se como exemplo o modelo adotado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Alagoas, que editou o Provimento nº 26/2017, instituindo a revisão semestral obrigatória de todas as prisões cautelares na respectiva unidade da federação, fulcrado nas recomendações oriundas do CNJ, além de considerar os princípios da presunção de inocência, da razoável duração do processo e da excepcionalidade da prisão cautelar.⁴⁰¹ Vale destacar que tal provimento foi objeto de reconhecimento pelo STJ, por ocasião do julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 83.973/AL, oportunidade em que o relator, ministro

³⁹⁷ A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu-se no art. 5º, inciso LXXVIII, o direito fundamental à celeridade processual, conforme a disposição normativa a seguir transcrita: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reunião especial de jurisdição**. Brasília-DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Provimento nº 27, de 15 de agosto de 2017, da Corregedoria-Geral de Justiça**. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/17459d03788b1fc45442312dde42eeec.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Rogério Schietti Cruz, ressaltou que a medida guarda semelhanças com as legislações processuais penais de outros países⁴⁰², a exemplo da Alemanha, Costa Rica, Nicarágua e Portugal, destacando, nesse sentido, a posição de vanguarda do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.⁴⁰³

Dessa maneira, observa-se que a priorização de processos com réus presos se apresenta como uma importante política judiciária, pois além de garantir maior celeridade e efetividade processual, pode vir a promover diminuições na população carcerária, amenizando o problema da superlotação e o sofrimento dos detentos com as condições degradantes do sistema prisional.

A efetivação das referidas políticas judiciárias objetiva a melhoria do sistema prisional brasileiro, em busca da consequente concretização dos direitos fundamentais dos custodiados. Nesse desenlace, verifica-se que tais políticas não se prestam à resolução de todos os problemas relativos ao cárcere em nosso país; contudo, somadas a outras medidas pontuais e a ações conjuntas dos poderes constituídos, tornam possível conferir maior dignidade ao preso no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Numa perspectiva inversa, apresenta-se a possibilidade do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, o que se afigura, para Silva Júnior, como uma “esquizofrenia institucionalizada”, ao se considerar todo o quadro de crise do sistema penitenciário.⁴⁰⁴ Tal medida agravará, inarredavelmente, a situação do sistema carcerário brasileiro, em sentido contrário às políticas judiciárias que buscaram minimizar os evidenciados atentados aos direitos fundamentais.

4.4 A expansão do acesso à justiça e o argumento da não recorribilidade pelos financeiramente hipossuficientes: a restrição à ampla defesa

Outro reflexo da sobrecarga do Poder Judiciário desponta na fundamentação utilizada para a permissão da execução antecipada da pena, especificamente ao tratar do acesso à justiça.

⁴⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 83.973/AL**. Relator: ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 14 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC83973.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro Schietti destaca vanguardismo do TJAL na reavaliação periódica de prisões provisórias**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Ministro-Schietti-destaca-vanguardismo-do-TJAL-na-reavalia%C3%A7%C3%A3o-peri%C3%B3dica-de-pris%C3%B5es-provis%C3%B3rias>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰⁴ SILVA JÚNIOR, José Ailton da. O mito da expansão do punitivismo como meio de controle criminal: breve reflexão sobre a relativização da presunção de inocência no STF. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

Um dos fundamentos da suposta ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no âmbito de extensão da presunção de inocência foi externado pelo ministro Luís Roberto Barroso e diz respeito à existência, em nosso sistema jurídico, de um cenário de recursos protelatórios impeditivos da execução da pena, dominado pelos possuidores de boas condições econômicas.

Sobre isso, o mencionado julgador defendeu a hipótese com base em três fundamentos jurídicos, apontando que a linha interpretativa adotada permitiria tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, coibindo a “infindável interposição de recursos protelatórios”, o que, sob sua ótica, desvaloriza a jurisdição criminal ordinária.⁴⁰⁵

Em sua justificativa, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias teria produzido consequências negativas para o sistema de justiça criminal, conforme o seguinte trecho:

Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.1.2009 a 19.4.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo, aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação.⁴⁰⁶

Para analisar os argumentos ventilados pelo magistrado, faz-se inevitável assentar que o acesso à justiça não apenas foi elevado à categoria de direito fundamental na CF de 1988, mas também através da criação dos mecanismos necessários e suficientes à viabilização do direito à prestação jurisdicional aos financeiramente hipossuficientes, como é o caso da criação da Defensoria Pública.

Nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos termos do art. 8º, dispõe que: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 6-8.

pela Constituição ou pela lei”.⁴⁰⁷ Em complemento, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), na forma do art. 8. 1, disciplina que:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁴⁰⁸

O mesmo diploma normativo supranacional dispõe, em seu art. 8. 2, alínea “h”, que entre as garantias processuais do acusado – presumivelmente inocente – figura o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.⁴⁰⁹

Assim, no contexto jurídico internacional, o acesso à justiça e o direito à recorribilidade foram elevados à condição de direitos humanos fundamentais que garantem ao cidadão a possibilidade de acionar um juiz ou tribunal competente para obter a tutela de direitos, de qualquer natureza, resguardada a possibilidade da interposição dos recursos cabíveis, previstos na legislação ordinária. Decerto, o acesso à justiça se apresenta como “uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie”.⁴¹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça – também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴¹¹ – é considerado um direito fundamental, com amparo no art. 5º, inciso XXXV, da CF, cuja previsão dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁴¹² Constitui-se, pois, em “um direito indispensável para o cidadão participar da vida em sociedade”, porquanto “é produto de oxigenação dos direitos liberais clássicos pelos direitos sociais”.⁴¹³

Em consonância com a Carta Magna, o Código de Processo Civil (CPC) – Lei nº 13.105/2015 – também assegurou o acesso à justiça, na forma do art. 3º, ficando estabelecido

⁴⁰⁷ BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰⁸ BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 678/1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 629.

⁴¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: **Revista Direito UNIFACS**, 2004. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc02.doc>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴¹² BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴¹³ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016, p. 478.

que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.⁴¹⁴ Convém ressaltar que o texto do diploma processual civil guarda identidade ao dispositivo constitucional e apesar de ambos não mencionarem explicitamente a expressão “acesso à justiça”, assegura-se ao cidadão, pragmaticamente, a tutela judicial efetiva.

Portanto, “seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito”, de modo que o processo deve ser utilizado como instrumento que propicie às partes o acesso à jurisdição, “o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina recente, em acesso à ordem jurídica justa”.⁴¹⁵

Dessa forma, a lei garante ao cidadão o acesso à justiça na busca pela tutela jurisdicional efetiva, ou seja, a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Não basta apenas a lei garantir o direito de acesso à justiça, mas deve também fornecer os meios suficientes e necessários para que o Poder Judiciário seja igualitariamente acessível a todos.

Com efeito, diante da desigualdade social e econômica vivenciada no Brasil, foi imprescindível a criação e o desenvolvimento de mecanismos que propiciam o acesso à justiça pelos cidadãos economicamente hipossuficientes e por aqueles que vivem em situação de exclusão social, tendo em vista que o acesso à justiça, conforme expõe Marinoni,

[...] é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetivação do cidadão na sociedade, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como simples direito de propor ação e de apresentar defesa –, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir tutela do direito, seja para se defender – a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.⁴¹⁶

Nessa linha, a CF de 1988 garante, conforme disposto no art. 5º, inciso LXXI, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.⁴¹⁷ A assistência jurídica integral e gratuita é regulamentada pelo art. 98 e seguintes do CPC de 2015.

⁴¹⁴ BRASIL. Planalto. **Código de processo civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

⁴¹⁷ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

O cidadão que não dispõe de condições financeiras suficientes para arcar com as custas processuais, ou com a contratação de advogado privado, pode acionar o Poder Judiciário de forma integral e gratuita, percorrendo inclusive todas as instâncias recursais, o que significa que o Estado custeará essas despesas, desde que o interessado comprove a necessidade do benefício.

Para tanto, um dos mecanismos instituídos pelo Estado com a finalidade de viabilizar o direito do cidadão de acionar o Poder Judiciário foi a Defensoria Pública⁴¹⁸, a qual encontra amparo no art. 134 da CF de 1988.⁴¹⁹ Em igual sentido, o art. 185 do Código de Processo de Civil dispõe que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.⁴²⁰ Quanto a isso, insta sobrelevar que a novel legislação processual civil foi expressa em afirmar que a atuação da Defensoria Pública deve ocorrer em todos os graus de jurisdição, o que afasta a ideia de que os menos favorecidos economicamente não teriam possibilidade de recorrer às instâncias superiores.

De acordo com Pinheiro Neto:

O papel da Defensoria Pública na defesa dos mais carentes também mostra importante função no desenvolvimento da própria economia do Estado, especialmente em um país periférico como o Brasil, que sempre concentrou riqueza nas mãos de poucos. É nesse panorama, que o Defensor Público é um agente do Estado Social, que tem a obrigação constitucional de defender o hipossuficiente utilizando-se de todos os meios permitidos pelo ordenamento jurídico na promoção dos direitos sob três aspectos: a) o efetivo acesso à justiça; b) a igualdade material no devido processo legal substantivo; c) a busca pelo próprio direito material.⁴²¹

Nesse sentido, observa-se que todos os estados da federação possuem Defensorias Públicas, além de existirem outros órgãos especializados que proporcionam assistência jurídica gratuita. Aliás, cabe registrar que, mesmo antes da alteração do CPC, a premissa da Defensoria Pública é recorrer às instâncias superiores sempre que houver viabilidade jurídica.

⁴¹⁸ “A Defensoria Pública é a instituição na qual a classe carente vai se apoiar para a busca da igualdade material, em meio a um panorama de constantes injustiças promovidas por um sistema excludente que contamina todos os poderes do Estado e os setores privados”. Cf. PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016, p. 479.

⁴¹⁹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014). Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴²⁰ BRASIL. Planalto. **Código de processo civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴²¹ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016, p. 479-480.

Com efeito, seguindo a citada normatização, o Estado de Alagoas promoveu recentes alterações na Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 29/2011) através da Lei Complementar nº 45/2017, fazendo inserir, no dispositivo que aborda as funções do defensor público, a necessidade do esgotamento de todas as instâncias recursais possíveis, judiciais e administrativas.⁴²²

Nesse sentido, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas tem sido reconhecida por sua atuação proficiente, seja nas esferas judiciais e administrativas, seja em seu apoio assistencial, através de seus diversos núcleos, especialmente o Núcleo de Direitos Humanos, o Núcleo de Cidadania⁴²³ e o Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores, o qual apresenta dados crescentes de sua atuação nas instâncias extraordinárias, conforme recente pesquisa publicada no primeiro semestre de 2017, apontando para o crescimento de 112% no quantitativo de recursos criminais interpostos em relação ao mesmo período do ano de 2016 (janeiro a agosto), segundo a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep).⁴²⁴

Assim, depreende-se que o cidadão que não tem recursos financeiros para contratar um advogado para patrocinar a sua causa pode recorrer a Defensoria Pública, órgão que tem a incumbência de fornecer orientação jurídica, além de promover e defender os direitos, em todos os graus, dos menos favorecidos economicamente.

De acordo com as lições de Puccinelli Júnior, os serviços prestados pela Defensoria Pública atendem não apenas aos ideais de um Estado Democrático de Direito, mas também favorecem o exercício amplo da cidadania, viabilizando o acesso do hipossuficiente à justiça, razão pela qual o expresso comando constitucional que prevê a instituição do órgão defensor “ecoa a preocupação de favorecer o exercício amplo da cidadania ao viabilizar o acesso do hipossuficiente à justiça”.⁴²⁵

⁴²² “Art. 32. Aos Defensores Públicos, no desempenho de suas funções, observado o disposto no art. 7º desta Lei Complementar, caberá: [...] III – **esgotar todas as instâncias recursais, judiciais e administrativas possíveis no caso concreto**, salvo se houver motivo justificado com a devida comunicação ao Defensor Público-Geral, cabendo a este adotar as providências previstas nas resoluções do Conselho Superior.” In: BRASIL. Estado de Alagoas. **Lei Complementar nº 45, de 26 de julho de 2017**: altera e acrescenta dispositivos da lei complementar estadual nº 29, de 1º de dezembro de 2011, em face da Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2017/07/poder_executivo_2017-07-27_completo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018 (sem grifo no original).

⁴²³ SANTOS, Carlos David França. A Defensoria Pública e o acesso à justiça: a importância da atuação da Defensoria Pública de Alagoas no projeto Núcleo de Cidadania com vistas à concretização dos direitos sociais. In: SILVA, Artur Stamford da et al. **Acesso à justiça**: uma visão interdisciplinar. Maceió: Mascarenhas, 2017.

⁴²⁴ BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Defensoria divulga balanço parcial com aumento de 112% no número de recursos criminais aos tribunais superiores**. 2017. Disponível em: <<https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=35188>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴²⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282.

É evidente que o acesso à justiça se expandiu de forma considerável nos últimos anos em nosso país; basta que se observe o fenômeno da sobrecarga do Poder Judiciário. A ideia de que apenas os “réus abastados” recorrem aos Tribunais Superiores dissocia-se da realidade, tendo em vista a ampla proteção jurídico-legal do acesso à justiça. Ressalta-se, também, a própria expansão desse direito, que se deu por meio da instituição de mecanismos que viabilizam a possibilidade de o necessitado acionar o Poder Judiciário.

Sobre isso, importa destacar, a título exemplificativo, que a Defensoria Pública foi responsável pela impetração, entre os anos de 2008 e 2012, de 30,8% dos *habeas corpus* no STF e 43,8% no STJ, obtendo índices percentuais de concessões da ordem de 43,2% no STF e de 66,4% no STJ, de acordo com pesquisa realizada por Bottino em 2014.⁴²⁶ Soma-se a isso o fato de hoje a Defensoria Pública ser considerada a instituição que figura em primeiro lugar em grau de importância para a sociedade e como a segunda instituição entre as mais confiáveis pela sociedade, conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em 2017.⁴²⁷

Nessa esteira, vê-se que as condições de acesso à justiça entre os cidadãos encontram-se em patamares bastante assemelhados, de modo que não somente o indivíduo abastado consegue interpor recursos, sobretudo às instâncias extraordinárias, mas também aquele que não tem poderio econômico suficiente para contratar um advogado privado. Mesmo que assim não o fosse, o STF não poderia restringir direitos fundamentais e impor óbices ao formato recursal contemplado na legislação processual, tendo por base uma suposta falta de estrutura das Defensorias Públicas para a apresentação de recursos às instâncias extraordinárias.

Não se pode olvidar, por óbvio, que os órgãos encarregados da defesa jurídica dos detentores de menores condições econômicas tenham dificuldades estruturais, já que tais dificuldades acometem o serviço público de forma generalizada no Brasil, afetando, inclusive, o próprio Poder Judiciário. Entretanto, além da demonstração, a partir dos dados expostos acima, de uma considerável atuação nos Tribunais Superiores, vê-se a mudança de postura da legislação, a impor a atuação em todos os graus de jurisdição, demonstrando a vivência de

⁴²⁶ Cf. BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores: propostas para reflexão. In: ESTELLITA, Heloisa; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)**, ano 23, n. 112, jan.-fev. 2015. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907303/HC_nos_tribunais_superiores__propostas_para_reflexão.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018; e BOTTINO, Thiago. **Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”**. FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 30 set. 2017.

⁴²⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público**: 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresentação_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

uma época de amplo acesso à justiça, o que não pode ser ignorado pela Corte incumbida da guarda do texto constitucional.

Por esse motivo, a utilização do argumento da não recorribilidade pelos financeiramente hipossuficientes se mostra como um subterfúgio para a mitigação do princípio da presunção de inocência e um frágil fundamento a amparar a execução antecipada da pena, que não tem, verdadeiramente, outra finalidade a não ser ofertar à sociedade uma atitude simbólica de falso combate à criminalidade.

Ocorre que, como assentado no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG, o entendimento atualmente predominante afeta, mesmo que de forma indireta, a garantia constitucional da ampla defesa, que deve englobar todas as fases processuais, inclusive aquelas pertinentes aos recursos às instâncias extraordinárias, porquanto “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”.⁴²⁸

O princípio constitucional da ampla defesa, com amparo no art. 5º, inciso LV, da CF, constitui-se em uma das maiores garantias processuais, sobretudo do indivíduo que venha a figurar no pólo passivo de ação penal. Ao assentar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁴²⁹, manifesta-se implacável o direito e a garantia individual daquele “contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário”.⁴³⁰

Sobre a ampla defesa, Pinheiro Neto destaca que a sua objetivação consiste em “evitar limitações do direito de defesa por parte da lei ou do Judiciário, restringindo ou dificultando a produção de provas ou alegações por parte dos litigantes”.⁴³¹ Conjugada às possibilidades constitucionais de recorrer aos Tribunais Superiores, nos moldes descritos nos arts. 102, inciso III⁴³², e 105, inciso III⁴³³, ambos da CF, irremissível se faz a percepção da restrição

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.078/MG. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴²⁹ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 682.

⁴³¹ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016, p. 475.

⁴³² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei

promovida à ampla defesa através das decisões mais recentes do STF sobre a presunção de inocência.

As consequências da permissão de antecipação da pena vão além dos consectários político-criminais de agravamento do sistema prisional, dos desrespeitos aos direitos fundamentais dos custodiados e da perspectiva inversa às políticas judiciais desencarceradoras, resvalando no plano da ordem jurídico-constitucional, transgredindo não só isoladamente a presunção de inocência, mas outros direitos fundamentais encartados na CF, o que nos leva a inevitável reflexão acerca da adoção pelo STF de medidas de exceção, sobremaneira pela suspensão de direitos fundamentais e manutenção do autoritarismo do Poder Judiciário no Brasil.

4.5 A imposição de um Estado de exceção permanente

Os reflexos apontados nas subseções anteriores demonstram que os fundamentos e as consequências das decisões sob estudo apresentam perspectivas contrárias ao fomento e à proteção dos direitos fundamentais dos custodiados, sejam eles provisórios ou definitivos, de modo que, embora alinhavados por instituições democráticas, não se podem olvidar os elementos de exceção intrínsecos no caminho percorrido para o desiderato alcançado.

Da análise dos assuntos tratados nesta seção, partindo-se de um viés, sobretudo, de política criminal como opção legislativa, vê-se, naturalmente, que as leis abarcam amplas possibilidades de prisões cautelares, mas exigem, em consonância com a norma constitucional, o trânsito em julgado para o início do cumprimento da prisão pena, mormente em face da principiologia existente, que conduz, inexoravelmente, ao ideário constitucional de um direito penal mínimo.

Entretanto, o STF, através de suas recentes decisões, possibilita uma modalidade de prisão não prevista na legislação ordinária. Com isso, há a imposição de ações que se afeiçoam a um modelo de política criminal diverso – direito penal máximo –, não por quem detém competência originária para tanto, mas pela instituição que ostenta o poder de declarar

local contestada em face de lei federal”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³³ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

– ou afastar – o direito, na qualidade de última instância jurisdicional, como uma medida excepcional. Isso nos conduz à concepção de um estado de exceção, não necessariamente amparado pelas possibilidades embutidas na própria CF⁴³⁴, mas um fenômeno típico das sociedades contemporâneas – séculos XX e XXI –, sobretudo na América Latina, despontado pelo sistema jurisdicional – soberano –, o qual passa a definir medidas de exceção praticadas no interior das sociedades democráticas.⁴³⁵

Tais medidas podem ser evidenciadas pela desvirtuação das garantias constitucionais, penais e processuais penais em prol da conferência de legitimidade ao discurso autoritário propagado pelo Estado, sobretudo quando notabilizado o fenômeno da criminalidade.⁴³⁶

Assim, surge a ideia de um estado de exceção, a qual pode ser compreendida a partir de uma teoria constitucionalista. Desenvolvida por Carl Schmitt – que promove uma verdadeira defesa à exceção –, essa teoria busca unir a exceção à figura do soberano. Na sua visão, é considerado soberano aquele que decide sobre a exceção.⁴³⁷ O soberano é a figura que se encontra dentro e fora do ordenamento jurídico, pois quando utiliza o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. Por esse motivo, a soberania é a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação, porquanto o ordenamento jurídico está à disposição de quem decide.⁴³⁸

Em contraposição ao positivismo kelseniano, a teoria schmittiana do direito argumenta que a norma jurídica não tem a capacidade de prever todos os casos excepcionais, razão pela qual emerge a necessidade de o soberano decidir sobre tais casos. Contudo, o soberano deve não somente decidir no caso excepcional, como também deve garantir a normalidade por meio de uma decisão que estabeleça o estado de exceção, suspendendo o direito ao pretexto de garantir o direito.⁴³⁹

⁴³⁴ A CF prevê a possibilidade legal de excepcionalidades temporais, tais como o Estado de Defesa (arts. 136, 140 e 141 da CF) e o Estado de Sítio (arts. 137 a 141 da CF), os quais não se confundem com a excepcionalidade tratada nesta subseção. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

⁴³⁶ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

⁴³⁷ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. In: **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 71, p. 177-196, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³⁸ BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³⁹ HILLANI, Allan Mohamad. **Entre a democracia e o estado de exceção**: a ação política para além do voto. Faculdade de Direito da UFPR, 2012. Disponível em:

De acordo com o entendimento de Martins:

Essa ambiguidade do soberano – aquele que está dentro e fora da ordem jurídica – é extremamente necessária. Se o soberano se circunscrevesse exclusivamente à ordem jurídica, não poderia decidir sobre a exceção, já que esta não pode ser prevista pelo direito positivo e a decisão “soberana” ficaria restringida ao âmbito interno do ordenamento jurídico. Seria como uma tentativa de realizar um milagre seguindo às leis naturais já dispostas no mundo físico. Portanto, apesar de fazer parte do ordenamento jurídico, o soberano deve também estar fora dele, libertando-se de qualquer restrição advinda do direito para que, decidindo sobre a exceção, realize o milagre – estado de exceção – assegurador das relações normais da vida.⁴⁴⁰

O estado de exceção é concebido através da suspensão da ordem jurídica como resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.⁴⁴¹ Diante disso, o estado de exceção pode ser compreendido como um estado anômico, no qual a vida é limitada à dimensão meramente biológica, apolítica e, portanto, destituída de direitos e dos procedimentos judiciais assegurados formalmente em âmbito universal, fazendo com que todos tenham lembranças do privilégio da lei e de se poder obedecer à lei.⁴⁴²

O principal fundamento que chama a existência o estado de exceção é a suposta necessidade de criar a situação na qual o direito poderá valer. Nota-se que a exceção é o caso excluído da norma geral, ainda que não perca este vínculo, uma vez que a norma se aplica à exceção quando, desaplicando-se, afasta-se dela. Desse modo, quando o soberano decide sobre o estado de exceção, suspende o direito em razão de um suposto direito de autoconservação.⁴⁴³

Acompanhando essa linha de raciocínio, Agamben defende que:

Na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma (deve-se criar a situação em que possam valer normas jurídicas). O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real. Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização

<<http://www.direito.ufpr.br/petdireito/pdfs/entre%20a%20democracia%20e%20o%20estado%20de%20excecao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴⁰ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. In: **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 71, p. 177-196, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 180-181.

⁴⁴¹ AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁴² SOUZA, Angelita Matos. Estado de exceção. In: **Revista Espaço Acadêmico**, nº 112 – Setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/10790>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴³ BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão.⁴⁴⁴

Com isso, o estado de exceção se justificaria pela situação de ameaça à unidade política, de modo que o poder do soberano não pode ser limitado ao ordenamento jurídico, a não ser que este deixe de existir. Assim, não é possível que a exceção se manifeste nos limites da ordem jurídica, pois apenas a exceção permitiria alcançar a essência do direito. Fato é que a soberania é a “competência” eventual, estranha às normas jurídicas, não se tratando do término do direito, mas de seu próprio nascedouro.⁴⁴⁵

A situação de ameaça à unidade política é oriunda dos conflitos, sendo de fundamental importância a distinção amigo/inimigo, uma diferenciação que não utiliza categorias morais, estéticas e econômicas. A zona cinzenta na qual se encontra a figura do inimigo impede que o direito consiga identificá-lo. Ocorre que alguém precisa determinar quem é o inimigo e qual é a ação fática produtora da anormalidade, do momento crítico para o Estado. Se tal decisão não pode ser extraída unicamente da norma jurídica, cabe ao soberano o fardo de delimitar o inimigo e a situação conflituosa, garantindo as relações políticas.⁴⁴⁶

Ressalta-se que, na opinião de Schmitt, para a unidade política ser soberana, deve possuir a competência de decidir, mesmo em um caso excepcional, sobre a distinção amigo/inimigo, como bem afirma Bercovici:

Deste modo, o Estado, em sua condição essencialmente política, tem a possibilidade real de determinar por sua decisão soberana quem é o inimigo e combatê-lo. Em última análise, tem a possibilidade de declarar guerra e de dispor abertamente da vida das pessoas. O objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do direito. Consequentemente, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo.⁴⁴⁷

Assim, apenas a decisão soberana é que tem o condão de determinar quem é o inimigo e de decidir sobre a presença ou a ausência de valor à sua vida. Essa decisão se dá por meio do estado de exceção, que nos momentos de crise política se apresenta em sua forma mais

⁴⁴⁴ AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴⁶ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. In: **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 71, p. 177-196, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 96.

intrigante, agindo soberanamente “dentro da lei”, com o escopo de manter a ordem social e a defesa do Estado.⁴⁴⁸

A criação voluntária de um estado de exceção (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas fundamentais dos Estados modernos, seja nos regimes totalitários, seja nos democráticos. Por esse motivo, a tendência é que cada vez mais o estado de exceção se apresente como paradigma de governo dominante na política contemporânea. O distanciamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar drasticamente, e de fato já transformou de forma muito evidente, a estrutura e o sentido da diferenciação entre os vários tipos de constituições.⁴⁴⁹

Em sua origem, o estado de exceção foi idealizado como um dispositivo legal com a capacidade de anular alguns procedimentos democráticos em vista de uma ameaça externa à soberania estatal. Entretanto, a história do século XX comprova que o estado de exceção foi transformado, aos poucos, de um mecanismo de resposta às ameaças bélicas em um instrumento de controle sobre crises políticas e econômicas, rumo à indissociação entre estado de exceção e estado de direito, que se enxerga nos dias atuais.⁴⁵⁰

O fato de o estado de exceção ter se tornado um instrumento de contenção de crises políticas fez com que as decisões tomadas pelo soberano fossem de caráter meramente político, e não jurídico. A decisão política se opõe ao primado da normatividade como limite e garantia de ordem, surgindo de um nada normativo que tem no conflito sua premissa da própria efetividade, a demonstrar uma natureza puramente política. Saliente-se ainda que o estado de exceção suspende, por determinado período de tempo, a primazia da lei e, por conseguinte, o Estado legiferante ou o próprio núcleo da Constituição. Logo, o poder soberano pode privar as pessoas de seus direitos civis, mormente os direitos fundamentais, sob o fundamento de manutenção da ordem.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ HILLANI, Allan Mohamad. **Entre a democracia e o estado de exceção: a ação política para além do voto.** Faculdade de Direito da UFPR, 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/petdireito/pdfs/entre%20a%20democracia%20e%20o%20estado%20de%20excecao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁴⁹ AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁵⁰ HILLANI, Allan Mohamad. **Entre a democracia e o estado de exceção: a ação política para além do voto.** Faculdade de Direito da UFPR, 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/petdireito/pdfs/entre%20a%20democracia%20e%20o%20estado%20de%20excecao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁵¹ NUNES, Jéssica Ferreira. O estado penal de exceção permanente por intermédio do decisionismo jurídico. In: LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; FALCÃO, Phillippe Melo Alcântara. **II Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes.** 2017. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/331>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Nessa linha, Mattedi defende a presença de um estado de excepcionalidade cada vez mais constante no direito brasileiro, através da “criação de circunstâncias relevantes e urgentes de risco existencial” – isto é, da manipulação de situações que justifiquem a atuação excepcional –, com o discurso centrado, sobretudo, no pretexto da defesa social, de modo que o “ordenamento jurídico é constantemente espoliado através de medidas excepcionais na resolução de instabilidades sempre permanentemente criadas”.⁴⁵² Esse entendimento é igualmente defendido por outros autores, a exemplo dos já referenciados Serrano⁴⁵³ e Valim⁴⁵⁴.

Nesse contexto, quando a Corte Constitucional brasileira decide pela possibilidade de iniciar a execução da pena após a condenação em segundo grau, minimizando a presunção de inocência, calcado em elementos externos e com a finalidade de apresentar uma aparente legitimidade, impõe o estabelecimento de um estado de exceção permanente, mormente em face do aumento crescente da criminalidade no Brasil. Nota-se que o réu – acusado da prática de infração penal – passou a ser tratado como inimigo do Estado e da sociedade, merecendo ser punido com a prisão a todo custo, mesmo que para isso seja necessário extrapolar os limites de interpretação do texto constitucional.

Na lógica da teoria schmittiana, o acusado foi identificado como o inimigo do Estado e o crime como a situação de ameaça à unidade política. Com efeito, mostra-se necessária a restrição do direito fundamental à presunção de inocência em prol da falsa sensação de segurança ou de efetivo combate à criminalidade. Para tanto, as mídias sociais têm exercido enorme influência no tratamento do acusado como o principal inimigo social, desrespeitando a presunção de inocência que paira sobre os cidadãos. Não é raro observar noticiários que antecipam a condenação do acusado, induzindo a sociedade a acreditar na sua culpa, antes mesmo do fim do inquérito policial ou da ação penal.

A esse respeito, Costa Filho defende a existência de um estado de exceção permanente no Brasil por considerar a existência de discursos autoritários legitimados no país, somados à suspensão de direitos fundamentais e à criminalização da pobreza, proporcionados pela

⁴⁵² MATTEDI, Milton Carlos Rocha. **Estado de exceção e pluralismo político**: Schmitt, Agamben e Arendt. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 76-77.

⁴⁵³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

⁴⁵⁴ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

atuação autocrática do Poder Judiciário, que vem se agigantando e assumindo a posição de soberano.⁴⁵⁵

Costa Filho sustenta que o Brasil vivencia o engendramento gradual, evidente e impactante de um estado de exceção permanente, permeado por características do encarceramento em massa e dos reflexos do autoritarismo – presente na política e nas instituições de segurança pública –, cuja repressão se dá, principalmente, sobre os setores subalternizados da sociedade – escoltado, sobretudo, pela atuação do Poder Judiciário, o que interrompe a necessária consolidação do Estado Democrático de Direito.⁴⁵⁶

Em uma ordem democrática, o caminho a ser seguido é a operacionalização de mecanismos que busquem a efetivação dos direitos fundamentais e não o menoscabo desses direitos, em busca de paliativos às consequências dos problemas sociais, como ocorre com a mitigação da presunção de inocência, cuja decisão de restringi-la foi permeada de argumentos políticos, gerando reflexos contrários às perspectivas protetivas dos direitos fundamentais.

Bercovici alerta sobre a existência, na atualidade, da “banalização do estado de exceção”, pois que, “formalmente, vigoram os princípios democráticos, mas, na prática, são constantemente suspensos ou violados”.⁴⁵⁷ A concretização dos direitos fundamentais balizadores da atuação penal perpassa, fundamentalmente, pela práxis da política criminal. Por essa razão, os princípios limitadores da atuação estatal – princípios constitucionais penais – são permanentemente expostos ao perigo pela mesma via da política criminal.⁴⁵⁸

A presença do estado de exceção permanente se põe de forma nociva aos direitos fundamentais, ante a abertura para a suspensão desses⁴⁵⁹ e, até mesmo, para a eventual imposição de um estado totalitário.⁴⁶⁰ Os princípios constitucionais penais não podem ser relegados a um plano inferior, permitindo o uso da atuação penal estatal para fins escusos e de forma desproporcional, de modo que a ideia de um estado de exceção permanente não se

⁴⁵⁵ COSTA FILHO, Marcus Robson Nascimento. Operação Lava Jato, estado de exceção permanente e iminente implosão do estado democrático no Brasil. In: **Seminário “Lava Jato e seus impactos no âmbito do direito”**. Maceió: Centro Universitário CESMAC, 2017.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 327.

⁴⁵⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Backman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 36-37.

⁴⁵⁹ MATTEDI, Milton Carlos Rocha. **Estado de exceção e pluralismo político**: Schmitt, Agamben e Arendt. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

⁴⁶⁰ Como exemplo, Adolf Hitler governou a Alemanha nazista sob a vigência da Constituição de Weimar, que estava apenas suspensa em virtude de um deliberado estado de exceção. Cf. COSTA FILHO, Marcus Robson Nascimento. Operação Lava Jato, estado de exceção permanente e iminente implosão do estado democrático no Brasil. In: **Seminário “Lava Jato e seus impactos no âmbito do direito”**. Maceió: Centro Universitário CESMAC, 2017.

compatibiliza com a segurança jurídica obstinada na formatação do Estado Democrático de Direito preconizado na CF de 1988.

A adoção de medidas afeiçoadas às perspectivas do direito penal máximo, com o conseqüente aumento da população carcerária e agravamento da situação de desrespeito aos direitos humanos já existente, além da restrição à ampla defesa, indicam, inevitavelmente, medidas de exceção protagonizadas pelo Poder Judiciário, incrementando o encarceramento em massa vivenciado no Brasil, com suporte no tratamento exacerbado à repressão criminal, próprios da influência do populismo penal.

Destarte, a restrição da presunção de inocência apresenta-se como uma consequência político-criminal negativa, o que, por sua vez, implica, notadamente, a imposição de um estado de exceção permanente, guiado por uma Suprema Corte que julga em desconformidade com o texto expresso da CF, amparada na ideia solucionadora da insegurança pública, ao pretexto da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional.

5 O FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E REFLEXÕES

“O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável.” (Marco Aurélio Mendes de Farias Mello).⁴⁶¹

O fenômeno da mutação constitucional, reconhecido pela doutrina e jurisprudência, consubstancia-se numa parcela do poder constituinte destinada, de forma esparsa, à manutenção da Constituição como normatização viva e, portanto, sujeita às adequações necessárias aos acontecimentos da evolução social e dos costumes.

Entendida como um plano normativo que disciplina não só a organização do Estado, mas as relações entre o Estado e os indivíduos e desses entre si, além de destacar os valores fundamentais de uma sociedade, a Constituição necessita da atuação dos atores sociais de modo a lhe conferir estabilidade. Esta, contudo, “não se confunde com aprisionamento, congelamento, imutabilidade. Antes é o resultado da adequada gestão da recorrente tensão entre permanência e mudança”.⁴⁶²

Assim, diante da relação intrínseca com os elementos instituidores do Estado, a mutação constitucional deve ser observada com parcimônia e estrita observância às suas limitações, sob pena de usurpação das funções do poder constituinte originário, o que não se permite num Estado Democrático de Direito, tal qual constituído com a CF de 1988.

Conquanto o poder constituinte originário seja concebido tradicionalmente como um poder político, mesmo ele, em consonância com parcela da doutrina contemporânea, encontra limitações – embora outra parte defenda a sua ilimitação⁴⁶³ –, notadamente aquelas afetas aos

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto vencido na ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 174.

⁴⁶³ SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência**. Brasília: Granlivros, 2010.

direitos humanos.⁴⁶⁴ Essa concepção se robustece sobretudo após a instituição de normas de caráter internacional de proteção aos direitos humanos, uma vez que a negação desses direitos no âmbito interno dos Estados poderá acarretar a responsabilização estatal perante a comunidade internacional.⁴⁶⁵

Sobre isso, as teorizações acerca do poder constituinte remontam às ideias contratualistas advindas dos filósofos iluministas, tendo destaque os estudos de Rousseau⁴⁶⁶, em contraposição ao absolutismo que reinou até a metade do século XVIII. A isso se soma a experiência decorrente da revolução americana, com a formação do federalismo, estabelecendo a base necessária de que todo poder constituído é procedente do povo.⁴⁶⁷

Considerado o principal teórico clássico sobre o poder constituinte, Sieyès defende, após analisar a divisão de classes (nobreza, clero e burguesia) na França do final do século XVIII, que o povo, diante de um governo déspota, tem o direito de se reconstituir, de se restabelecer ou de reestruturar o seu contrato social.⁴⁶⁸ Isso ocorre sobremaneira diante da observação do que o autor designa como “terceiro estado”, ao propor reflexões acerca da participação da burguesia nos rumos do Estado, na medida em que essa classe, não obstante ser a maior produtora de riquezas, encontrava-se na posição menos privilegiada e sendo explorada. Para Sieyès, “nada pode caminhar sem ele [terceiro estado], tudo iria infinitamente melhor sem os outros”.⁴⁶⁹

Nessa linha, o poder constituinte se revela na primeira Constituição escrita, isto é, com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.⁴⁷⁰ Contudo, sobreleva-se a Constituição francesa de 1791, elaborada na Assembleia Nacional Constituinte da França, após a Revolução, que objetivou limitar o poder estatal⁴⁷¹ prioritariamente através da criação de uma carta de direitos fundamentais, impondo-os como dogmas constitucionais, ao lado da separação dos poderes. A partir daí, governantes e governados passaram a se sujeitar à ordem

⁴⁶⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Há limites materiais ao poder constituinte? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**, v. 25, 2001, p. 247-262. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1820/1516>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores Ed., 2002. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁶⁸ SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência**. Brasília: Granlivros, 2010.

⁴⁶⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o terceiro estado?** Trad. Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

⁴⁷⁰ SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência**. Brasília: Granlivros, 2010.

⁴⁷¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?** 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

jurídica inaugurada com a Constituição, tendo este modelo influenciado diversos movimentos no mundo.⁴⁷²

No Brasil, esse quadro é visualizado no contexto da CF de 1988, especialmente nas disposições do parágrafo único do art. 1º e no *caput* do art. 2º, ao preconizarem a soberania popular e a separação dos poderes entre os princípios fundamentais da República, para além dos direitos e garantias, dispersos por toda a extensão do texto constitucional.⁴⁷³

Nessa divisão dos poderes estatais no Brasil, destinou-se ao Poder Legislativo o poder constituinte derivado ou secundário, impondo-lhe a incumbência de promover revisões ou emendas à Constituição (poder constituinte derivado reformador), bem assim a possibilidade de criar Constituições ou leis orgânicas dos entes estatais e municipais (poder constituinte derivado decorrente), guardada a devida simetria com a Constituição da República.⁴⁷⁴ Além disso, essa espécie do poder constituinte, ao contrário das discussões acerca do poder originário, é limitada ou condicionada às disposições previstas na norma de validade.⁴⁷⁵

Por sua vez, coube ao Poder Judiciário, precipuamente, a interpretação e a aplicação das normas, com a guarda da CF imposta, preponderantemente, à jurisdição constitucional, a qual atua, também, mas não exclusivamente, no exercício do poder constituinte difuso⁴⁷⁶, traduzido no fenômeno da mutação constitucional.⁴⁷⁷

Essa forma de alteração constitucional material ganha especial relevo quando adotada no âmbito das Constituições rígidas, como a brasileira, em face de a modificação textual ser

⁴⁷² SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência**. Brasília: Granlivros, 2010.

⁴⁷³ “Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

⁴⁷⁵ O poder constituinte derivado é limitado. A doutrina estabelece quatro tipos de limites, notadamente: *i*) limites formais, que tratam do processo legislativo, ou seja, regras que estipulam o procedimento, de modo que a sua violação representa uma atuação ilegítima que resulta em inconstitucionalidade formal; *ii*) limites circunstanciais, que tratam de situações ou momentos em que não se podem fazer alterações constitucionais, isto é, não se pode atuar na manifestação derivada em períodos de crise ou instabilidade; *iii*) limitações temporais, que são limites provisórios, sendo geralmente associados aos primeiros anos de vida da Constituição, evitando alterações de forma imediata; *iv*) limites materiais, que são limites de conteúdo ou matéria, os quais buscam proteger a essência do texto constitucional. São pontos de imutabilidade que impedem a supressão ou a abolição do âmbito da Constituição. Cf. SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência**. Brasília: Granlivros, 2010.

⁴⁷⁶ Vale destacar que não só o STF possui o exercício do poder constituinte difuso, pois, como exemplo, à luz do art. 52, inciso X, da CF de 1988, o Senado Federal tem competência para editar Resolução Legislativa retirando a eficácia de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte. Cf. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 32.

⁴⁷⁷ Cf. DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012; e DIAS, Cibele Fernandes. **A justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

condicionada a processos mais dificultosos, de modo que a informalidade desse mecanismo de modificação através do poder constituinte difuso permite a suplantação das lacunas porventura existentes entre a hipótese normativa e a realidade social, considerados limites dogmáticos⁴⁷⁸ – traduzidos no respeito aos princípios estruturantes da Constituição.⁴⁷⁹

Desse modo, importante imergir nas definições e limites descritos pela doutrina acerca da mutação constitucional, bem assim analisar e propor reflexões acerca das decisões que constituem o objeto do presente esforço acadêmico.

5.1 – A atuação do Poder Judiciário na mutação dos valores constitucionais: as mutações constitucionais e inconstitucionais

O Brasil atualmente vivencia crises em suas instituições democráticas que vão além dos conflitos, sob a perspectiva político-criminal, visualizados na seção anterior. O Poder Judiciário apresenta-se em um dos focos dessa crise, mormente em face do seu agigantamento e sua atuação ativista⁴⁸⁰ –, ora sendo chamado a atuar quando os demais poderes constituídos deixam de cumprir efetivamente o seu papel, ora tendo a atuação posta à prova no que diz respeito ao atendimento das vontades (punitivistas) das massas.⁴⁸¹

Essas questões ganham relevo, especialmente quando a atuação judicial passa a alterar os valores constitucionais, em uma Constituição rígida, como é a CF brasileira em vigor, a pretexto de promover modificações que objetivem a adequação das normas constitucionais às supostas necessidades dos tempos atuais.⁴⁸² Nessa linha, para melhor compreensão dessa atuação, faz-se necessário trazer o conceito de mutação constitucional.

Pode-se compreender a mutação constitucional como um processo informal ou não formal de mudança das normas constitucionais, porquanto o processo formal de alteração é

⁴⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

⁴⁷⁹ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**.v. 1. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139.

⁴⁸⁰ De acordo com Ramos, a partir da CF de 1988, tem-se a atuação da jurisdição constitucional brasileira a partir das seguintes características: “a) elevação institucional do Poder Judiciário enquanto órgão protetivo dos direitos fundamentais; b) expansão democrática do controle concentrado de constitucionalidade mediante a inserção de novos atores, como forma de maior legitimação democrática das decisões; c) ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal por intermédio do paulatino esvaziamento do controle difuso ou incidental”. Cf. RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80.

⁴⁸¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴⁸² SÁNCHEZ, José Acosta. *Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX*. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 100, abr.-jun. 1998, p. 57-100. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27491.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

denominado reforma constitucional e, em regra, tem seu procedimento previsto no próprio texto da Carta Política, observando as solenidades exigíveis para a sua modificação.⁴⁸³

Surgido na Alemanha, no final do século XVIII, o instituto ainda é pouco estudado, tanto nos países da América Latina como na Europa e nos Estados Unidos da América⁴⁸⁴, não obstante seja cada vez mais constante a sua utilização pelos Tribunais Constitucionais, geralmente em temas de grande repercussão, a despeito da lentidão de sua teorização e aperfeiçoamento.⁴⁸⁵

De acordo com Mendes, Coelho e Branco, a mutação constitucional é uma alteração “dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.⁴⁸⁶ Já nas lições de Canotilho, é a “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem que haja alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.⁴⁸⁷

No raciocínio de Bulos (1997, p. 57), a mutação constitucional consiste no procedimento informal de modificação da Carta Constitucional, através da qual novos sentidos podem ser atribuídos, “conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”.⁴⁸⁸

A mutação conecta-se profundamente à alteração da realidade social, encontrando-se envolta em dois fatores: “o temporal, consistente no reconhecimento da historicidade do ordenamento; e o social, decorrente da outorga de relevância interpretativa a elementos externos ao enunciado normativo, sejam econômicos, ideológicos ou políticos”.⁴⁸⁹

Portanto, há unicidade definida pelos citados teóricos quanto à possibilidade informal de mudança do sentido da norma constitucional, a qual será aferida, notadamente, pelo órgão judicial com competência máxima dentro de um sistema jurisdicional, responsável pela guarda e interpretação da Carta Política. Em síntese, mutação constitucional é toda e qualquer

⁴⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

⁴⁸⁴ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁴⁸⁵ MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

⁴⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

⁴⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1.228.

⁴⁸⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁴⁸⁹ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 45.

modificação no significado, sentido ou alcance de dispositivos da Constituição, embora essa alteração não preceda o mecanismo formal adequado para a reforma da norma constitucional.

Não obstante as contribuições teóricas de Lassalle, Jellinek, Smend, Dau-Lin, Hesse e Vega a respeito da temática⁴⁹⁰, a expressão mutação constitucional foi criada por Paul Laband, estudioso pertencente à Escola Alemã de direito público, que, ao analisar a Constituição da Alemanha de 1871, diferenciou a reforma constitucional (*verfassungänderung*) da mutação constitucional (*verfassungswandlung*).⁴⁹¹

Contudo, não é uniforme, especialmente na doutrina brasileira, a utilização da expressão mutação constitucional. Para Ferraz – autora de estudo pioneiro sobre o tema no Brasil –, ao considerar a existência de problema terminológico na expressão, devem ser utilizados os termos “processos informais”, “não formais” ou “indiretos”, já que configura “meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”.⁴⁹²

Já Jorge Miranda prefere o termo “vicissitude constitucional tácita”. Na visão de Canotilho, a melhor expressão é “transição constitucional”, enquanto, na opinião de Luiz Pinto Ferreira, o fenômeno deve ser chamado de “mudança material”.⁴⁹³

Independentemente da terminologia, a mutação constitucional faz referência às mudanças informais na Constituição, sendo necessária em razão do decurso do tempo, adequando os dispositivos ao atual contexto da sociedade, porém sem seguir as formalidades legais, como acontece, por exemplo, na reforma constitucional.

⁴⁹⁰ Na visão de Ferdinand Lassalle, a Constituição não é uma realidade em si mesma, pois depende da relação entre o texto da lei e a realidade social. Assim, os fatores sociológicos presentes na realidade social influenciam e vinculam o texto legal, impedindo que a Constituição se transforme numa mera folha de papel. Por seu turno, George Jellinek entende que os fenômenos históricos que acontecem fora do direito possuem força constituinte em face da qual as forças legalistas são impotentes. Com efeito, da necessidade social, cria-se uma força constituinte capaz de modificar a Constituição. Já nos estudos de Rudolf Smend, a Constituição é o espaço onde acontece a tensão entre ser e dever-ser, de modo que essa tensão transforma a Constituição em um organismo vivo, tornando-a permeável às constantes mudanças sociais com o objetivo de garantir a existência e o funcionamento do próprio Estado. Divergindo dos demais autores, os quais acreditavam que a força dinâmica encontrava-se fora da Constituição, Hsü Dau-Lin concluiu que há uma força vital dentro da própria Constituição, resultando na sua mutabilidade natural, e não apenas da sociedade. Pelas lições de Konrad Hesse, existe uma influência recíproca entre a Constituição e a realidade social. A necessidade da vinculação da Constituição à realidade social evita que as teorias utópicas se distanciem do mundo real. Em que pese receber força vital da realidade social, a Constituição também pode impor deveres à realidade social, possuindo uma força ativa. Finalmente, Pedro de Vega leciona que, em face da dinâmica social, a mutação altera o conteúdo da norma constitucional sem alterar, contudo, seu texto. Nessa linha, a mutação serve como racionalização do sistema jurídico em razão das alterações da realidade social, o que, por sua vez, altera a vontade constitucional. Cf. MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

⁴⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

⁴⁹² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

⁴⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-58.

Com fundamento “no exercício do poder constituinte difuso” – exercido, notadamente, pelas Cortes Constitucionais –, a função primordial da mutação é “completar e continuar a obra do constituinte originário, preenchendo os espaços em branco por ele deixados”.⁴⁹⁴

Nesse sentido, Streck, Lima e Oliveira expõem que:

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela de que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito (*Gesetzund Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da Constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma *suposta* interpretação evolutiva.⁴⁹⁵

Como assevera Zagrebelsky, pode-se observar, em alguma disposição constitucional, algo faltante, “uma faceta que permaneceu na sombra, que pede para sair à luz, e na qual é possível apoiar-se para ir mais além”, ou seja, há a possibilidade de se perceber “uma perspectiva de superação daquilo que é um dado, do que é visível”.⁴⁹⁶

É nessa perspectiva que se fundamenta a mutação constitucional. Se o dispositivo da Constituição está superado, é necessário adequá-lo à realidade social, ainda que por um processo informal, como é o caso da interpretação evolutiva feita pelo Tribunal Constitucional.

Contudo, o processo de mutação é lento, embora a letra da norma constitucional permaneça inalterada. As mudanças informais acontecem de forma natural, espontânea, sem o cálculo preciso de quando se concretizará a alteração, decorrendo daí a natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional. Logo, as mudanças de fato ocorrem em um momento cronologicamente distinto e perante uma situação diferente se comparado à época da elaboração do texto constitucional em questão.⁴⁹⁷

Assim, como expõe Barroso, a realidade constitucional pode ser alterada pela interpretação dos Tribunais:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente.

⁴⁹⁴ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 192.

⁴⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: **Argumenta Journal Law – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. jan, 2008. p. 45-68. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 60.

⁴⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Coimbra: Tenacitas, 2004, p. 111.

⁴⁹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.⁴⁹⁸

Entretanto, mesmo a mutação constitucional efetivada através da interpretação judicial ocorre de maneira silenciosa, com o decurso do tempo capaz de modificar o sentido e o alcance da norma na contextualização social do período. Com efeito, as mudanças são silentes, porquanto “não atingem a literalidade do texto da Constituição, mas apenas o seu significado. Resultam da interpretação constitucional, sobretudo daquelas efetivadas pelas cortes do Poder Judiciário, bem como da evolução dos usos e costumes”.⁴⁹⁹

Ocorre que, apesar de buscar preencher uma suposta lacuna entre o texto constitucional e a realidade social, nem sempre a mudança informal é constitucional. Ainda que sob a alegação de omissão, envelhecimento ou imperfeição do dispositivo, a mutação poderá ser considerada inconstitucional se contrariar os preceitos fundamentais da Constituição.⁵⁰⁰

A distinção é definida por Ferraz ao esclarecer que a mutação constitucional deve ser designada somente para o processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la. Em contrapartida, quando as modalidades de processos que introduzem a alteração constitucional contrariam a Constituição e ultrapassam os limites constitucionais fixados pelas normas, essa alteração é designada como mutação inconstitucional.⁵⁰¹

Parte-se da premissa de que o instituto, com legitimação oriunda do próprio ordenamento jurídico-constitucional, possui, naturalmente, limitações, balizadas entre “as mudanças informais que, no mínimo, não atentem contra o texto constitucional e, no máximo, contra os princípios consagrados sob a forma de limites materiais”, sob pena de serem consideradas “mutações constitucionais inconstitucionais”.⁵⁰²

⁴⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

⁴⁹⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 561.

⁵⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

⁵⁰¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁵⁰² DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 74-75.

Nessa esteira, a mutação constitucional, qualificada por seu resultado, deve ser consentânea com o ordenamento jurídico-constitucional, sendo, inclusive, tal limitação, “sempre presente no que concerne seja aos processos formais de alteração da Constituição, seja aos processos de elaboração legislativa, como verdadeiro corolário da definição de Constituição como um sistema aberto de regras e princípios”.⁵⁰³

Ao próprio legislador, no procedimento de reforma constitucional, não se concebe a “liberdade de conformação irrestrita”.⁵⁰⁴ Notadamente, limites materiais são impostos, os quais visam à conservação da identidade da Constituição, com a conseqüente manutenção de sua supremacia hierárquica, além de obstar a feitura, através da reforma constitucional, de uma nova Constituição.⁵⁰⁵

Nesse sentido, Bulos leciona que todos os formatos de expressão da interpretação constitucional se constituem em eficientes e importantes mecanismos de adaptação das normas estatais supremas às emergentes necessidades cotidianas. Entretanto, se esse mecanismo desvirtua a letra dos dispositivos basilares da Constituição, haverá quebra da juridicidade dos princípios que norteiam a ordem constitucional e, nesse caso, a mutação se perfaz inconstitucional.⁵⁰⁶

Decerto, admitir a possibilidade de modificação contraditória ao texto, ao pretexto da mutação constitucional, “seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa”⁵⁰⁷, de modo que a imposição desses limites é mais que proporcional, por afigurar-se imprescindível, sobremodo para que se preservem as decisões fundamentais do poder constituinte, frustrando as alterações de culminarem na destruição da ordem jurídica suprema, “de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”.⁵⁰⁸

No mesmo sentido, Dias sustenta que:

⁵⁰³ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 35, abr.-jun. 2001.

⁵⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 23.

⁵⁰⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 120, out.-dez. 1993, p. 159-186. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176171/000483308.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 135.

⁵⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 297.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 27-28.

Não se admite uma interpretação constitucional criadora que pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional em patente contradição com a Constituição escrita. Por isso, a mutação constitucional é legítima desde que consentânea com a evolução constitucional, ou seja, aquela decorrente de uma alteração do âmbito normativo abrangida pelo programa normativo.⁵⁰⁹

Com efeito, de acordo com Pedron, para se identificar uma “mutação constitucional ‘idônea’, dotada de legitimidade (ou seja, o inverso de uma mutação inconstitucional), deve-se atentar, inicialmente, para dois requisitos fundamentais: *i*) a existência de um lapso temporal razoável; e *ii*) a definitiva ‘dessuetude’ do dispositivo”.⁵¹⁰

Por sua vez, Ramos expõe que a doutrina tem buscado edificar parâmetros baseados na ideia do Estado Democrático de Direito, os quais possibilitariam que o julgador se mantivesse dentro do seu âmbito de competência, sem exceder os limites da legítima mutação constitucional, seguindo-se as seguintes balizas: *i*) texto normativo: deve-se observar a impossibilidade de conferir infinitas possibilidades semânticas a um texto e, conseqüentemente, limitar a atuação quando seu resultado for expressamente contrário a ele⁵¹¹; *ii*) motivação: limite à atividade jurisdicional⁵¹² em relação ao texto, exigindo-se fundamentação racional, em forma de “garantia processual que limita eventuais arbitrariedades do julgador”; *iii*) autocontenção judicial (*self-restraint*): “mecanismo de inibição por meio do qual o juiz, diante da ausência de regulação prévia, se abstém de decidir questões que competem ao legislador”, em respeito à ordem natural do Poder Legislativo, “no processo de alteração (*due process* legislativo), realizado por intermédio de emendas constitucionais”.⁵¹³

De forma minudente, o estudo precursor de Ferraz aponta para a formatação dos processos de mutação inconstitucional nos seguintes moldes: *i*) aqueles considerados manifestamente inconstitucionais, por promoverem alterações contrárias à letra e ao espírito da Constituição; e *ii*) aqueles considerados anômalos, traduzidos em práticas estatais que

⁵⁰⁹ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 192.

⁵¹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 24.

⁵¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. **Interpretación de la Constitución y ordenamento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997.

⁵¹² De acordo com o inciso IX, do art. 93, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵¹³ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 151.

suspendem ou impossibilitam a aplicação das normas constitucionais.⁵¹⁴ Aqui, interessa, sobretudo, o primeiro formato, uma vez que relacionado ao objeto do presente estudo.

As mutações manifestamente inconstitucionais são facilmente perceptíveis, tendo em vista que extrapolam os limites de forma ou de fundo estabelecidos pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos incumbidos de aplicação constitucional. Por conseguinte, esses processos acabam por violar a Constituição, contrariando-a e produzindo uma deformação constitucional.⁵¹⁵

De acordo com Sarlet, observa-se “certa uniformidade, pelo menos no que diz respeito a alguns elementos essenciais, comuns às principais técnicas de limitação”, devendo, todavia, ser analisado o direito constitucional positivado no âmbito interno do Estado, pois cada Constituição dispõe sobre os seus limites quanto às pretensões modificadoras.⁵¹⁶

De modo geral, a doutrina guarda o entendimento de que a mutação constitucional legítima é aquela que acompanha a evolução da Constituição, o que, por sua vez, somente fica caracterizada após a existência de um período de tempo razoável e o desuso do dispositivo constitucional.

Nessa perspectiva, para que a mutação constitucional seja idônea, o julgador não pode exceder os limites interpretativos, devendo circunscrever-se ao texto da norma, especialmente no contexto em que está inserido, assim como motivar as decisões judiciais, objetivando diminuir a abertura às práticas arbitrárias.

Além disso, ao se considerar a contextualização jurídico-normativa material da Constituição, deve-se atentar às características do documento constitucional, a exemplo de sua rigidez, como é o caso da CF de 1988⁵¹⁷, em prol da garantia da sua permanência e estabilidade – conquanto não haja impeditivo à mutação constitucional, “guardado o necessário equilíbrio”⁵¹⁸ –, a problemática da restrição aos direitos fundamentais, bem como a devida observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais

⁵¹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 213.

⁵¹⁵ Ibid., p. 245.

⁵¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 23.

⁵¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134-135.

⁵¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

o Brasil é signatário, por força do art. 4º, inciso II⁵¹⁹, e do art. 5º, §§ 2º e 3º, ambos da Carta Magna, especialmente em face da materialidade constitucional contida nessas normatizações.⁵²⁰

Entretanto, nem sempre é possível visualizar o respeito a essa sistemática, razão pela qual a doutrina identifica alguns casos de mutação inconstitucional no âmbito do direito pátrio.

José Afonso da Silva traz como exemplo de mutação inconstitucional a situação conhecida como “voto de liderança” no âmbito do Poder Legislativo. Fruto do esvaziamento do Congresso Nacional, ainda no período militar, o voto de liderança acontece quando a maioria dos congressistas se encontra fora do Plenário, e por não haver quórum suficiente para votar, os líderes das bancadas (evangélica, ruralista etc.) votam como se elas houvessem deliberado e, a partir dessa prática, contabiliza-se o quantitativo de votos de todos os componentes do grupo. Entretanto, essa prática contraria a dicção expressa do art. 47 da CF, o qual prevê que as deliberações parlamentares devem ser tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta.⁵²¹

Santos⁵²² expõe outro exemplo de mutação inconstitucional, no tocante à interpretação dada pelo Poder Judiciário sobre a finalidade do mandado de injunção⁵²³ – remédio previsto na Constituição para ser utilizado quando a falta de norma inviabilizar o exercício de um direito constitucional, de modo que a sua propositura evita que a omissão legislativa na regulamentação desse direito venha a causar algum prejuízo. Até o ano de 2008, o STF adotava a teoria não concretista, mantendo uma espécie de mutação inconstitucional, pois entendia que o mandado de injunção não era hábil para a sua finalidade, isto é, a interpretação realizada acerca do citado remédio constitucional inviabilizava o seu manejo, violando a própria disposição expressa da norma constitucional.

⁵¹⁹ “Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵²⁰ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Método, 2017; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵²¹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 296.

⁵²² SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte**: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência. Brasília: Granlivros, 2010.

⁵²³ De acordo com o art. 5º, inciso LXXI, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

A interpretação da Suprema Corte foi modificada em momento posterior, a partir do julgamento dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712, os quais tinham como objetivo o reconhecimento da ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, assim como buscaram a declaração de mora do Poder Legislativo e a garantia do efetivo exercício desse direito.

Por ocasião do julgamento, ocorrido em 25 de outubro de 2007, o STF não apenas declarou a mora do Congresso Nacional, mas também definiu a aplicação, observadas as devidas proporções, da Lei nº 7.783/1989 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve no setor privado), suprimindo a omissão legislativa. A partir de então, a Suprema Corte passou a atribuir efeito concretista ao mandado de injunção, concedendo meios para a fruição do direito violado e, portanto, corrigindo a outrora mutação inconstitucional, passando a aplicar o que já era previsto no texto constitucional.

Por sua vez, parcela da doutrina também identifica casos em que a mutação constitucional teria sido legítima. É o caso, por exemplo, da correção monetária de acordo com os índices inflacionários, que modificou o entendimento sobre o princípio da legalidade.

A priori, o entendimento do STF, no julgamento do recurso extraordinário nº 74.655 (1973), ainda quando a inflação não era extrema, sedimentou-se no sentido de que a correção monetária apenas poderia ocorrer mediante autorização legal. Posteriormente, no julgamento do recurso extraordinário nº 104.930 (1985), quando o problema econômico vivenciado na época foi agravado, o STF alterou seu entendimento, no sentido de que “o princípio da legalidade conviveria com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor”.⁵²⁴

A mutação constitucional também foi utilizada como fundamento pela Suprema Corte para modificar a sua jurisprudência no sentido de estabelecer a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar *habeas corpus* contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais. Em que pese não ter havido alteração do texto da Constituição, o STF declarou-se incompetente, determinando a remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa.⁵²⁵

No que diz respeito à exigência de depósito recursal para fins de recursos administrativos, aponta-se uma possível mutação constitucional do direito de petição, segundo

⁵²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁵²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Editora JusPODIVM: Salvador, 2008, p. 252.

Santos.⁵²⁶ Inicialmente, o STF permitia a cobrança de taxas por entender que não havia violação ao direito de petição, especialmente ao contraditório e à ampla defesa. Entretanto, a partir do ano de 2007, no julgamento do recurso extraordinário nº 388.359, o STF modificou a sua orientação e passou a entender pela inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para fins de recurso administrativo. Recentemente, a Suprema Corte editou a Súmula Vinculante de nº 21⁵²⁷, ratificando o entendimento do referido julgado.⁵²⁸

O direito fundamental à individualização da pena, insculpido no inciso XLVI do art. 5º da CF de 1988, é também apontado como um dispositivo afetado pelo fenômeno da mutação constitucional. Isso porque a Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, estabelece no § 1º do art. 2º que, no caso de condenação pela prática de crime hediondo, tráfico de entorpecentes, tortura ou terrorismo, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado.

A princípio, no julgamento do *habeas corpus* nº 69.657-1/SP (1992), a Suprema Corte firmara o entendimento de que a vedação à progressão de regime não ofenderia o dispositivo constitucional, haja vista a natureza e a gravidade dos crimes previstos na referida lei. Posteriormente, nos autos do *habeas corpus* nº 82.959-7/SP (2006), o STF julgou inconstitucional o dispositivo da citada legislação, alterando a compreensão e o significado da individualização da pena, de modo que essa releitura do dispositivo, para Ramos, caracterizaria verdadeira mutação constitucional.⁵²⁹

O julgamento pelo STF do *habeas corpus* nº 94.695-0/RS, que trata sobre a possibilidade constitucional de prisão (ou não) do depositário infiel, é mais um exemplo trazido por parcela da doutrina como uma hipótese de mutação constitucional.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello entendeu que os incisos LXVI e LXVII do art. 5º da Constituição são passíveis de mutação, seja pelo legislador, seja em virtude da força normativa dos tratados e de convenções internacionais. Nesse sentido, reafirmando a dicção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto nº 678/92), a

⁵²⁶ SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte:** criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência. Brasília: Granlivros, 2010; e “Art. 5º, XXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵²⁷ “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 21.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵²⁸ SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte:** criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência. Brasília: Granlivros, 2010.

⁵²⁹ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional:** constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013, p. 260.

qual antecede a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o § 2º do art. 5º da Carta Magna para conceder *status* de norma constitucional material à referida convenção internacional.⁵³⁰

A infidelidade partidária também é apontada por Pedron como um caso de mutação constitucional. À época (2007), o então presidente da Câmara dos Deputados não declarou a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desligaram dos partidos pelos quais foram eleitos, e, portanto, deixou de dar posse aos suplentes dos mesmos partidos, acompanhando a orientação prevista na Consulta nº 1.398 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Entretanto, os partidos políticos defendiam que caso um dos parlamentares eleitos viesse a trocar de legenda, teriam eles o direito a preservar o número de cadeiras garantidas pelo resultado das eleições pelo sistema proporcional, razão pela qual impetraram os mandados de segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604. O ministro Gilmar Mendes, utilizando-se da figura da mutação constitucional, concedeu a segurança nas ações mandamentais, o que resultou na criação de uma nova forma de perda do mandato político.⁵³¹ Assim, a infidelidade partidária se tornou uma hipótese de perda do mandato político, acrescentando, informalmente, mais uma situação ao rol previsto no texto do art. 55 da CF.⁵³²

Finalmente, destaca-se o julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4.277 e a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 no ano de 2011, oportunidade em que o STF reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o que, segundo Ramos, seria mais um caso de mutação constitucional.⁵³³

Observa-se que, inicialmente, o Estado reconhecia como entidade familiar apenas a união estável entre o homem e a mulher, na forma do § 3º do art. 226 da CF de 1988.⁵³⁴ No entanto, quando foi chamado a se pronunciar a partir do ajuizamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº

⁵³⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 54-55.

⁵³¹ Ibid., p. 53.

⁵³² “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵³³ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

⁵³⁴ “Art. 226 [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

132, o STF entendeu que a interpretação do dispositivo constitucional, no formato em que concebido, ou seja, no sentido de que a entidade familiar seria somente a união estável entre o homem e a mulher, resultava em flagrante inconstitucionalidade, haja vista a ofensa ao princípio da isonomia. Por esse motivo, numa perspectiva de ampliação de direitos fundamentais, o STF decidiu conferir “interpretação conforme a CF para excluir qualquer significado daquele dispositivo que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.⁵³⁵

Em sentido contrário às possibilidades expostas, há quem defenda que o Brasil, a partir da CF de 1988, ainda não experimentou a prática da mutação constitucional. Conforme Pinto,

No que diz respeito à mutação constitucional, concordamos com a ideia de que não se pode defender uma leitura petrificante da Constituição, tendo em vista que suas normas devem incorporar a realidade sobre a qual operam, que é dinâmica. Assim, o juiz, ao interpretar e aplicar a Carta Magna, deve estar sempre atento às alterações do quadro fático subjacente ao seu texto e às alterações dos valores sociais. Contudo, no caso brasileiro, a tenra idade da Constituição, que foi promulgada em 1988, torna praticamente improvável já haver qualquer mutação constitucional, a qual, ainda que verificada, não é necessária ser exteriorizada pelo Judiciário, diante da facilidade de se aprovar uma emenda constitucional no Congresso Nacional [que pode ser facilmente visualizado pelo elevado número de emendas até então realizadas], por meio da qual se pode formalizar a mutação. Em síntese, as (poucas) idade e rigidez da Constituição Federal desaconselham a tentativa judicial de mudá-la por meio de um processo informal de reforma.⁵³⁶

De todo modo, exsurge a necessidade de prudência e cautela no momento de realizar uma interpretação evolutiva de um dispositivo da Constituição que possivelmente não esteja mais alinhado à realidade social. Fato é que, historicamente, o STF por diversas vezes já modificou sua orientação sobre um mesmo dispositivo constitucional, seja para ampliar os seus conteúdos e alcances, seja para reduzi-los. Isso, por si só, não deve ser visualizado como efetiva mutação constitucional. É o caso, por exemplo, da presunção de inocência.

5.2 – Panorama da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à presunção de inocência: análise histórico-comparativa das decisões paradigmáticas

Algumas considerações iniciais são necessárias, especificamente quanto às metodologias ou técnicas de pesquisa aplicadas na análise das decisões. A utilização do

⁵³⁵ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 284.

⁵³⁶ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 80.

método histórico-comparativo combina ambas as formas de pesquisa: a pesquisa histórica e a pesquisa comparativa. A primeira objetiva a visualização e a reflexão acerca do objeto de estudo, tendo por principal elemento norteador o contexto histórico que o circunda.⁵³⁷ Por sua vez, a segunda propõe uma investigação dirigida na perspectiva do cruzamento de informações sobre os objetos de estudo, visando à obtenção de resultados a partir da comparação.⁵³⁸

A partir dessas técnicas, o recorte temporal buscou observar e comparar, sobretudo, como o STF atuou em tempos de exceção institucionalizada – Regime Militar iniciado em 1964 –, até as quase três décadas posteriores à promulgação da CF, centrando o recorte epistemológico no âmbito do fenômeno da mutação constitucional.

Por sua vez, a abordagem qualitativa na análise bibliográfica e documental visa à descrição, reflexão e aprofundamento acerca do conteúdo do objeto de estudo e a consequente ratificação ou contraposição, a partir dos referentes teóricos utilizados no decorrer do trabalho acadêmico.⁵³⁹ Fixadas essas premissas, passa-se a analisar as decisões já descritas na primeira seção deste trabalho.

Partindo do marco temporal predefinido, há três decisões anteriores à CF de 1988 – o *habeas corpus* nº 43.364/GO (1966), o recurso extraordinário nº 86.297/SP (1976) e o recurso extraordinário nº 108.975/PR (1986), relatados no item 2.4 deste trabalho –, que, embora tratem acerca da presunção de inocência, dispensam maiores digressões, porquanto apenas informam que, apesar de não prevista na Carta Constitucional, a doutrina e a jurisprudência da época admitiam a existência de uma norma de caráter abstrato e alcance limitado que garantia certo grau de proteção quanto à inocência dos indivíduos.

Analisando o contexto histórico envolto nessas decisões, vê-se de forma objetiva que a formação política da época não permitia o desenvolvimento de direitos e garantias individuais, no sentido de ampliação daqueles já existentes, o que implica, portanto, a sua existência no plano jurídico, mas resumida a situações de alcance limitado.

Considerando as decisões paradigmáticas definidas na primeira seção, observa-se que somente após 21 anos (2009) da promulgação da CF, a amplitude consagrada no texto constitucional teve efetividade, após o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG. Assim,

⁵³⁷ CALDAS, Pedro Spinola Pereira. Teoria e prática da metodologia da pesquisa histórica: reflexões sobre uma experiência didática. In: **Revista de Teoria da História**, ano 1, n. 3, jun./2010, p. 8-19. UFGO. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/teoria/article/download/28628/16069>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵³⁸ SILVA, Fabiany de Cássia Tavares. Estudos comparados como método de pesquisa. In: **Revista Brasileira de Educação**, v. 21 n. 64 jan.-mar. 2016, p. 209-224. SciELO. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v21n64/1413-2478-rbedu-21-64-0209.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵³⁹ BOTELHO, Joacy Machado; CRUZ, Vilma Aparecida Gimenes da. **Metodologia científica**. São Paulo: Pearson, 2013.

durante todo o citado período, o STF permitiu o instituto da execução provisória da pena, mesmo sob a égide da novel Constituição, denotando a conservação de reflexos do período anterior, ainda marcado pelo contexto histórico de autoritarismo, consequências do regime de exceção.

Assim, no citado julgamento, por sete votos a quatro, o STF, conduzido pelo voto do relator, ministro Eros Grau, firmou o entendimento que se extrai da literalidade do dispositivo constitucional que define a presunção de inocência. Não obstante isso, vê-se que, à época, havia um dispositivo em vigor no CPP (art. 637) que determinava, após a apresentação das razões do recurso extraordinário, a baixa dos autos à primeira instância, para o início da execução da pena. Nesse sentido, inaugurando o novel posicionamento, o relator e os demais ministros que o acompanharam conclamaram a interpretação literal, com supedâneo na dignidade da pessoa humana e na sobreposição temporal e material de disposições da LEP – ainda hoje vigentes (arts. 105, 147 e 164).⁵⁴⁰

Os debates em plenário são ricos e demonstram os pontos centrais de divergência, sintetizados na perspectiva do efficientismo do sistema penal como ideia de política criminal, no direito comparado e em estatísticas que demonstram a disfuncionalidade do sistema recursal, em razão da demora para se alcançar o trânsito em julgado.⁵⁴¹

A par disso, com base nos requisitos expostos no item anterior (4.1), não há como se chegar à conclusão de que, nesse caso, houve a ocorrência da mutação constitucional. Ao contrário do que defende Santos⁵⁴², o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG não configura a hipótese da ocorrência da mutação constitucional, mas apenas a aplicação da norma como prevista textualmente, o que, em momento posterior, foi estendido – em 2014 – à questão da incidência na valoração da circunstância judicial dos antecedentes, momento denominado neste trabalho, conforme item 3.1, de ampla presunção de inocência.⁵⁴³

Ante a proximidade na prolação das decisões do *habeas corpus* nº 126.292/SP, das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, sem alteração, até então, da composição do órgão julgador, faz-se necessário

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.078/MG. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 1.127-1.139.

⁵⁴² SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte**: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência. Brasília: Granlivros, 2010.

⁵⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário** nº 591.054/SC. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 17 de dezembro de 2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

sintetizar os argumentos utilizados por cada um dos magistrados, de forma conjunta, na tabela a seguir exposta:

Ministro(a)	Síntese do voto
José Celso de Mello Filho	O decano da Corte registrou que a presunção de inocência se configura como uma notável conquista do indivíduo, perfazendo uma incursão histórica em documentos e nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Ressaltou que as bases democráticas da CF de 1988 representam o símbolo da “antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder”, além de simbolizar a quebra dos laços com paradigmas autocráticos. Segundo ele, “o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de perseguição estatal”. Rememorou decisões de sua relatoria em que aplica o entendimento literal do dispositivo, o qual “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”. Destacou que a norma não impossibilita as prisões cautelares, a partir da análise casuística, e fez referência ao disposto nos arts. 105 e 147 da LEP. Ao votar com a divergência, em sentido contrário à execução provisória da pena, demonstrou sua preocupação com a “inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado”.
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	O relator das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, vencido por ocasião da apreciação dos pedidos de liminar formulados nos citados processos, manifesta sua posição contrária à execução provisória da pena. Para o ministro, a "execução precoce, temporã, açodada da pena" esvazia o modelo garantista da CF de 1988, embora reconheça a complexidade e a crise do sistema penal, atribuindo como principais problemas o crescimento demográfico sem controle e a morosidade do Poder Judiciário. No entanto, assentou que "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". Destacou o pouco tempo em que permaneceu vigente o posicionamento inaugurado com o precedente firmado em 2009, o qual sobrelevou o caráter objetivo da disposição constitucional. Sustentou que "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". Por fim, manifestou-se no sentido de emprestar um significado à norma constitucional. Por suas palavras: "Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário”.
Gilmar Ferreira Mendes	Segundo o magistrado, o núcleo essencial da presunção de inocência é fundamentalmente normativo e, portanto, deve ser tido como direcionamento essencial nos momentos em que sejam apreciadas as provas ou na formação do juízo de convencimento por ocasião da prolação da sentença. Ratificou os argumentos em torno da objetivação da prescrição e promoveu análise de direito

	<p>comparado, de tratados e convenções internacionais e do direito internacional, ressaltando que “todos escolhem como marco para cessação da presunção o momento em que a culpa é provada de acordo com o Direto, resta saber em que momento isso ocorre”. Exemplificou com o sistema adotado na Sérvia e nos Estados Unidos, que apresentam procedimentos rigorosos. Assim, aduziu que “em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo”, referindo-se aos graus de formação da culpabilidade. Dessarte, para o julgador, faz-se necessário refletir sobre “levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade”, de modo que votou pela possibilidade de execução provisória da pena.</p>
<p>Enrique Ricardo Lewandowski</p>	<p>Manteve sua posição pelo prestígio da presunção de inocência, do mesmo modo como votou por ocasião do precedente firmado em 2009, citando, embora reconheça restar ultrapassado, o brocardo <i>in claris cessat interpretatio</i>, da antiga escola da exegese. Suscitando a contribuição do ministro Eros Grau, afirmou que “nem mesmo constelações de ordem prática – dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos –, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência”. Conclamou a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, segundo a qual “a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo – diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive – dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior”. Contrapôs às estatísticas apresentadas quanto às reformas das decisões condenatórias no âmbito dos Tribunais Superiores e refletiu sobre a proposta desencarceradora, enquanto política criminal promovida pelo STF e pelo CNJ, com a seguinte colocação: “nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau”. Com isso, votou contrariamente à execução provisória da pena.</p>
<p>Cármen Lúcia Antunes Rocha</p>	<p>Relembrou que, quando da fixação do precedente anterior (2009) – tendo ficado vencida na oportunidade –, houve muitas discussões acadêmicas, além de muitas discussões em programas populares, acerca das consequências da decisão. Entende que a expressão “culpado”, exposta no dispositivo constitucional, não diz respeito ao início do cumprimento da pena, mas às consequências que transcendem a culpabilidade penal e, portanto, só serão sentidas efetivamente após o trânsito em julgado. Salientou que nas instâncias extraordinárias resta exaurida a fase de provas, “que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição”, discutindo-se, em regra, apenas questões de direito. Nesse sentido, ressaltou a Súmula nº 279 do STF e votou por autorizar a execução provisória da pena.</p>
<p>José Antonio Dias Toffoli</p>	<p>O ministro, por ocasião do julgamento do <i>habeas corpus</i> nº 126.292/SP, sufragou integralmente os termos do relator, ministro Teori Zavascki. No entanto, alterou seu posicionamento durante a apreciação das ações declaratórias de nºs 43 e 44. Na oportunidade, lembrou o histórico jurisprudencial do STF pós-Constituição de 1988 e abordou a presunção de inocência como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. Ressaltou a influência do precedente firmado em 2009 para a alteração legislativa que culminou na atual redação do art. 283 do CPP, destacando que o citado dispositivo densifica a disposição constitucional. Abordou</p>

	<p>a discrepância entre as previsões legais, sobretudo da LEP, e o descaso do Poder Público quanto à efetivação dessas disposições, reverberando as condições precárias dos estabelecimentos prisionais. Sustentou que a "coisa julgada penal é um termo inequívoco: imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória" e que a execução provisória da pena, na forma como conduzida, viola o núcleo essencial da presunção de inocência enquanto norma de tratamento. Entretanto, assentou ser possível interpretar o requisito do trânsito em julgado. Nesse sentido, sustentou a existência de mecanismos para o controle do abuso do direito de recorrer e propôs a tese da possibilidade de antecipar a execução provisória a partir do julgamento do recurso especial pelo STJ. Assim, concluiu o julgador que, "na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável –, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça".</p>
Luiz Fux	<p>Em seu voto, expôs que há a necessidade de se fazer um paralelismo entre o dispositivo constitucional e a função social da jurisdição. Partindo de uma análise da presunção de inocência na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, segundo o magistrado: “não há necessidade do trânsito em julgado”. Além disso, destacou que “a coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão”. Com isso, defendeu que, por ocasião dos recursos às instâncias extraordinárias, “há uma coisa julgada singular”, com relação à apreciação da matéria fático-probatória. Ademais, pontuou que “após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer <i>ad infinitum</i>, correndo a prescrição”, o que entende como uma situação teratológica. Salientou a necessidade de abandonar o precedente anterior em virtude de sua incongruência com a disfunção do sistema penal. Por fim, votou pela permissibilidade da execução provisória da pena.</p>
Rosa Weber Candiota da Rosa	<p>A ministra não se manifestou por ocasião do julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP, perante o Plenário Virtual, mas apenas no <i>habeas corpus</i> nº 126.292/SP e nas ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, tendo ficado vencida quanto à proposta de manter o entendimento até então pacífico na Corte. O eixo principal de seu voto teve como critério de julgamento a manutenção da jurisprudência da Casa, com supedâneo no princípio da segurança jurídica, de modo que seguiu a linha tracejada pelo ministro Eros Grau no precedente paradigmático de 2009. Abordou a distinção entre as hipóteses de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, a dizer, prisão cautelar ou prisão pena, esta última apenas sendo possível de ser efetivada após o trânsito em julgado, a partir da disposição constitucional. Fazendo referência às palavras do ministro aposentado Sepúlveda Pertence e do ministro Marco Aurélio, expôs que “mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente – e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente –, anoto a circunstância de o vocábulo ‘antecipada’, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena”.</p>
Teori Albino	<p>O relator do <i>habeas corpus</i> nº 126.292/SP e do recurso extraordinário com agravo</p>

Zavascki	<p>nº 964.246/SP conduziu o entendimento da maioria do Pleno do STF à autorização da execução provisória da pena. Por seu entendimento, o resultado do julgamento tem por objetivo promover um juízo ponderativo entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal. Rememorou a prevalência da execução provisória da pena mesmo na vigência da CF de 1988 e resgatou precedentes anteriores ao julgado paradigmático ocorrido no ano de 2009. Citou o art. 594 do CPP (revogado pela Lei nº 11.719/2008), que reconhecia restrições ao direito de apelar em liberdade, e as Súmulas do STF nºs 716 e 717, as quais seriam compatíveis com a orientação da prisão antes do trânsito em julgado, pois se referem à possibilidade de progressão de regime também antes desse marco temporal. Buscou nas razões da ministra aposentada Ellen Gracie a posição de que “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”. A partir dessa motivação, defende a existência de graus de culpabilidade, que vão se acentuando na medida em que sobem as instâncias jurisdicionais. Para o ministro, “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”. Assim, promoveu comparações com a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que prescreve a inelegibilidade diante da ocorrência de condenação por sentença proferida por órgão colegiado, além de ter dado destaque ao direito comparado, propondo a atribuição apenas de efeito devolutivo aos recursos às instâncias extraordinárias. Concluiu que entendimento diverso do proposto “tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória”. Dessa forma, manifestou-se favoravelmente à possibilidade de execução provisória da pena.</p>
Luís Roberto Barroso	<p>Para o magistrado, seguindo a linha do ministro e relator Teori Zavascki, a execução provisória da pena é possível e se justificaria, além da alegada mutação constitucional, “pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, <i>caput</i> e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa”. Além disso, tal decisão permitiria “tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e</p>

	equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; [...] diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e [...] promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”.
Luiz Edson Fachin	O julgador ressaltou o papel do STF na construção de teses constitucionais, reconhecendo “um agigantamento dos afazeres” no âmbito do Poder Judiciário e criticando a concepção dos recursos às instâncias extraordinárias como alinhavados na Constituição. Assim, informou que parte de uma interpretação acerca do art. 5º, LVII, da CF “sem o apego à literalidade”, defende que a presunção de inocência não é absoluta e deve ser ponderada com as demais normas do ordenamento jurídico-constitucional, a exemplo da razoável duração do processo, a competência constitucional da soberania dos veredictos e as limitações aos recursos especial e extraordinário. Sustentou que em caso de decisões teratológicas, existe a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo tanto pelos Tribunais de jurisdição ordinária como pelos Tribunais Superiores. Nessa esteira, votou em conformidade com o relator Teori Zavascki, pela execução provisória da pena.

Tabela 1: Síntese dos fundamentos dos votos dos ministros do STF, proferidos nos julgamentos do *habeas corpus* nº 126.292/SP, das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44 e do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP.⁵⁴⁴

Com exceção do fundamento específico utilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso, que expressamente defendeu a ocorrência da mutação constitucional, não há como se concluir, quanto aos demais votos acima ementados, pela existência de elementos que configurem o citado fenômeno, a partir de suas características intrínsecas, que exigem a modificação na valoração dos fatos sociais e que tal implique transformações no meio jurídico-constitucional⁵⁴⁵, o que não se observa dos extratos das sintetizadas razões de decidir.

⁵⁴⁴ As citações diretas utilizadas no conteúdo da tabela podem ser facilmente localizadas nos arquivos digitais do sítio eletrônico do STF, onde consta o inteiro teor dos votos dos ministros do STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Brasília-DF, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 44**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP**. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em: 10 de novembro de 2016. Órgão julgador: Plenário virtual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

Pelo contrário, o que se observa é a preocupação em demasia com a eficiência do sistema de justiça penal, ainda que em detrimento do sistema de garantias há muito custo conquistadas no decorrer da história da humanidade. Diversos são os fundamentos utilizados: a limitação do âmbito de conhecimento dos Tribunais Superiores, a credibilidade do Poder Judiciário, a possibilidade de prescrição, as estatísticas, o direito comparado etc., exceto o que prescreve o dispositivo constitucional.

Cabe examinar, ademais e pontualmente, os argumentos aventados por Barroso, na senda da mutação constitucional.

O ministro Luís Roberto Barroso abre um capítulo específico em suas decisões para aduzir a ocorrência da mutação constitucional. Expõe sinteticamente a sua conceituação como processo informal de mudança relacionado à “plasticidade” das normas constitucionais, com interligação entre a “mudança na realidade fática” e “uma nova percepção Direito”. Apresentando a mutação como um fenômeno ilimitado, informa que o precedente firmado em 2009 teria sido resultado, também, de uma mutação constitucional.⁵⁴⁶

Após, defende que o citado precedente anterior produziu “três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal”, a dizer: *i*) “funcionou como incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”, de modo a amparar esse argumento em dados estatísticos que dão conta do provimento de recursos extraordinários no patamar inferior a 1,5%, o que considera irrisório; *ii*) “reforçou a seletividade do sistema penal”, onde apenas, sob sua ótica, os “réus abastados” teriam condições de recorrer aos Tribunais Superiores; e *iii*) agravou “o descrédito do sistema de justiça penal”, renovando o argumento da prescrição da pretensão punitiva, o que produziria deletéria sensação de impunidade.⁵⁴⁷

Analisando objetivamente, de acordo com os teóricos trabalhados no item anterior (4.1), vê-se que: *i*) não há desuso definitivo do dispositivo, nem justificativa apresentada nesse sentido; *ii*) não há lapso de tempo razoável para se concluir pela mutação, sobretudo em face do precedente anteriormente fixado, em 2009; *iii*) não há esforço argumentativo dirigido

⁵⁴⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Brasília-DF, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 44**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP**. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em: 10 de novembro de 2016. Órgão julgador: Plenário virtual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁴⁷ Ibid.

a superar a problemática afeta a sobreposição do resultado ao texto expresso do dispositivo constitucional ou a questão desse ser integrante do rol das cláusulas pétreas; *iv*) não se observou ou apresentou justificativa acerca da autocontenção judicial; e *v*) promoveu a restrição de um direito fundamental.

Entende-se que essa verificação, por si só, seria suficiente ao afastamento da tese da mutação constitucional. Contudo, apresenta-se pertinente promover uma breve digressão acerca dos elementos subjacentes utilizados nos três eixos do fundamento do voto sob análise. Assim, importa mencionar que o ministro se utiliza da repetição de fundamentos apresentados de forma individual por outros julgadores e, inclusive, por ele mesmo, em partes anteriores e posteriores de sua manifestação, esforçando-se para conectá-los com o fenômeno da mutação constitucional.

O primeiro a ser observado diz respeito ao discurso de que obstar a execução provisória da pena seria abrir as portas para a infundável interposição de recursos. Esse ponto é discutido em outros votos e comporta dois breves apontamentos: *i*) o cerne do problema pode ser visualizado na excessiva demora na tramitação dos processos no Poder Judiciário – também gerado pelo seu agigantamento – e não será resolvido com a restrição de garantias fundamentais, mas com a efetivação de políticas públicas que visem o melhoramento da prestação jurisdicional; e *ii*) a prática abusiva do direito de recorrer tem aparente solução, expressamente demonstrada no voto do ministro Dias Toffoli, porquanto as autoridades judiciárias das Cortes Superiores, ante à situação de demonstrado abuso na interposição de recursos protelatórios, podem decretar o trânsito em julgado, conforme precedente do STF.⁵⁴⁸

Por sua vez, o segundo diz respeito ao argumento de que apenas as pessoas economicamente abastadas teriam condições de contratar bons advogados, o que lhes renderia a interposição de sucessivos recursos. Este ponto já fora abordado no item 4.4, a partir da demonstração da razoável paridade existente no cenário legislativo atual, além das consequências reflexas ao princípio da ampla defesa, dispensando maiores comentários.

Por último, o terceiro diz respeito a renovação da motivação baseada nas “massivas prescrições”, no descrédito do sistema penal e na deletéria sensação de impunidade. Aqui, vê-se claramente o apelo aos argumentos de cunho populista, abordados na segunda seção deste trabalho.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 839.163-QO/DF**. Relator: ministro Dias Toffoli, julgado em 10 fev. 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708630>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Por essa verificação, não há como se chegar a conclusão da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, mas subjaz apenas a percepção de que a decisão se apresenta como um veículo da vontade particular do julgador, através de uma retórica forçada, dissociada dos elementos necessários à caracterização do processo informal de mudança da norma constitucional.

Decerto, quanto à presunção de inocência, deve prevalecer o entendimento de Hélio Pinheiro Pinto, de que a CF de 1988 ainda não comporta a sua mutação⁵⁴⁹, pois seu curto espaço de tempo não permite visualizar o desuso ou a alteração no plano fático-axiológico capaz de caracterizar o fenômeno estudado, além da barreira intransponível da contrariedade ao vernáculo empregado na norma em tela.⁵⁵⁰

A partir desses elementos descritivos, a contextualização da conjuntura política atual permite visualizar a distorção interpretativa realizada em uma norma constitucional que visa à proteção do indivíduo perante as arbitrariedades estatais, através de uma contradição: os poderes constituídos têm cometido medidas de exceção contrárias à legislação – inclusive à Constituição –, mas aplaudidas por parcela da população brasileira.

Através dessas verificações e dos resultados dos julgamentos, o que se vê é uma acentuada instabilidade jurisprudencial, que pode ser alterada com facilidade. Essa conclusão também pode ser observada na obra de Caleffi, resultado da pesquisa realizada por ocasião de sua dissertação de mestrado em direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. O referido autor pontua que a presunção de inocência e outros postulados essenciais e basilares estão sendo constantemente afetados “por trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras”, mas que não há como afastar o caráter de “regra imutável e, portanto, não suscetível a criações interpretativas do alcance de seu conteúdo”.⁵⁵¹

A pesquisa do referido autor perpassou por diversos julgados dos Tribunais Superiores⁵⁵², tendo concluído no mesmo sentido de que, o que há, de fato, é uma oscilação jurisprudencial no Brasil, representativa da dificuldade de consolidação de precedentes.

⁵⁴⁹ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵⁵⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁵⁵¹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155.

⁵⁵² Lista de julgados analisados pelo autor em referência: STJ – AgReg 279889/AL (2002); EDcl no REsp 1484415/DF (2016); HC 104185/SC (2008); HC 11880/SP (2000); HC 122191/RJ (2009); HC 126577/SP (2009); HC 1414/SP (1993); HC 182221/SP (2011); HC 25310/RS (2004); HC 2846/MG (1995); HC 337380/SP (2015); HC 385295/RS (2017); HC 6209/SP (1997); HC 67230/RS (2007); HC 72726/SP (2007); HC 8420/SP (1999); RHC 2306/SP (1992); RHC 4624/SP (1995); HC 362661/SP (2016); e HC 386872/RS (2017); STF – ADC 43 (2016); ADI 4451 (2010); HC 107710/SC (2015); HC 126292/SP (2016); HC 68037/RJ (1990); HC

Para ilustrar, apresenta-se o seguinte gráfico, referente às decisões aqui analisadas, objetivando explicar a representatividade do grau de amplitude conferido à presunção de inocência:

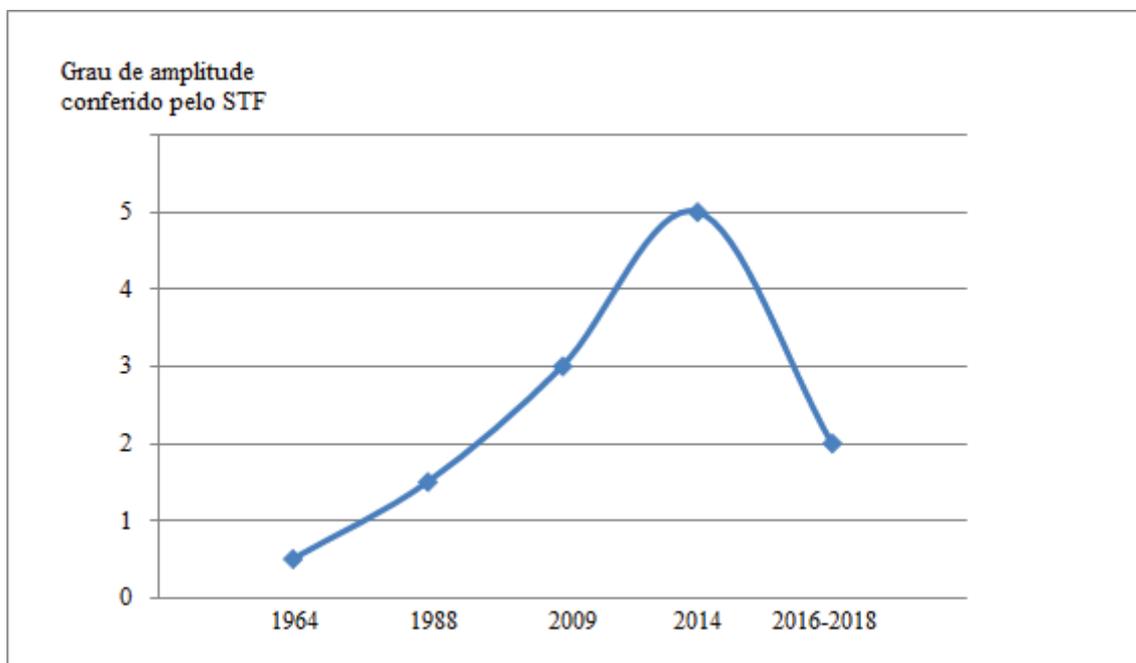


Gráfico 1: Demonstrativo do grau de amplitude conferido pelo STF ao princípio da presunção de inocência (de 1964 a 2018).⁵⁵³

O gráfico acima escalona, de 0 a 5, o grau de amplitude conferido à presunção de inocência no âmbito do STF. Como já apresentado, no período anterior à CF de 1988, a presunção de inocência encontrava amparo, no Brasil, apenas na doutrina e em decisões esparsas dos Tribunais, de modo que se atribuiu, nessa escala, a posição entre 0 e 1. Com o surgimento da proteção constitucional expressa, aumenta-se o nível de incidência desse direito, porquanto ainda não aplicável em larga extensão, motivo por que se atribuiu a posição entre 1 e 2.

Apenas em 2009, com o precedente paradigmático fixado no *habeas corpus* nº 84.078/MG, amplia-se a posição entre 3 e 4. Por fim, vê-se que o ápice dessa amplitude foi visualizado em 2014, quando, pacífico o precedente firmado em 2009, há um acréscimo em seu âmbito de incidência, afeto à aplicação da pena, com o recurso extraordinário nº 591.054/SC, atingindo a posição 5.

70351/RJ (1994); HC 83584/SP (2003); HC 84078/MG (2009); HC 85616/AM (2006); HC 89952/MG (2007); HC 91183/SP (2007); HC 91232/PE (2007); PET 2861/RS (2003); RHC 79972/SP (2000). Cf. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁵⁵³ Gráfico elaborado pelo autor.

Com os julgamentos recentes, após quase sete anos, o gráfico demonstra o efeito redutor da incidência da norma, retornando à posição entre 2 e 3, sendo possível visualizar o retrocesso interpretativo, o que será abordado mais adiante.

Com efeito, volvendo a corroborar com o entendimento já evidenciado sobre a problemática da mutação constitucional, destaca-se que a singela mudança de quórum ou de composição dos membros do Pleno do STF pode influenciar significativamente no resultado do julgamento e na mudança de entendimento (o que ocorreu mais recentemente no *habeas corpus* n° 152.752/PR⁵⁵⁴, porquanto os ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber modificaram seus posicionamentos iniciais), em virtude de a decisão ter sido tomada por apertada maioria (seis votos a favor da execução provisória da pena e cinco votos divergentes, pela sua impossibilidade), o que ensejaria a refração da oscilação apresentada no gráfico.

Por oportuno, importante ressaltar os limites da função exercida pelo STF como guardião da Constituição, como bem explica Dias:

[...] a Corte Constitucional não deve perseguir um fim de revisão constitucional. Suas interpretações não realizam revisão de preceitos constitucionais, tampouco podem dar lugar a mutações em contraste com os princípios e com o complexo sistema constitucional. Ao contrário, a atividade interpretativa é limitada pelos preceitos constitucionais em seu sistema. Há um risco constante e inevitável de se tratar o texto da Constituição como um espelho a refletir os volúveis humores dos intérpretes, o que importaria aceitar a conversão de referências ideológicas em jurisprudência constitucional.⁵⁵⁵

A interpretação promovida pela Suprema Corte foi além do preceito jurídico estabelecido pelo legislador constituinte, pois desconsiderou que o rótulo de culpado só pode ser imputado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e não com a observância do duplo grau de jurisdição e o exaurimento da instância recursal ordinária, como foi decidido.

Daí porque, pelos referenciais teóricos abordados no item anterior, depreende-se que o art. 5º, inciso LVII, da CF sofreu, nas referidas decisões, um processo de mutação inconstitucional, tendo em vista que o STF extrapolou, para além dos limites da interpretação semântica, os limites da própria Constituição, como se verá adiante.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n° 152.752/PR. Relator: ministro Edson Fachin, julgado em 04 de abril de 2018. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁵⁵ DIAS, Cibele Fernandes. **A justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 18.

⁵⁵⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A mutação (in)constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal: *habeas corpus* n. 126.292/SP e as ações declaratórias de constitucionalidade números 43 e 44. In: **Revista Direito Mackenzie**,

5.3 – Os limites semânticos do texto constitucional e a restrição de direitos fundamentais: a presunção de inocência e seu revestimento pelo manto da (i)mutabilidade das cláusulas pétreas

Uma das características do poder constituinte derivado é a limitação, de modo que a manifestação derivada deve estar dentro das regras jurídicas previstas na Constituição. Entre os tipos de limites do poder de reforma constitucional, têm-se os limites materiais, que “cingem-se ao conteúdo, à matéria, compreendendo proibições expressas e implícitas”.⁵⁵⁷

Cabe registrar que somente a estabilidade e a rigidez constitucional não asseguram o rompimento da identidade da Constituição pelo mecanismo da reforma constitucional. Por conseguinte, objetivando a preservação de determinados conteúdos da Constituição, os limites materiais impedem a supressão desses conteúdos, blindando-os “até mesmo contra a ação do poder de reforma constitucional, que, na condição de poder constituinte – ou instituído – opera por delegação do poder constituinte, mas é por este limitado e condicionado”.⁵⁵⁸

Pontes de Miranda anotou que os limites materiais expressos constituem o “cerne imodificável” da Constituição.⁵⁵⁹ Esse campo imodificável ou essas garantias que impedem a supressão de determinados conteúdos constitucionais ficaram conhecidos pela expressão “cláusulas pétreas”⁵⁶⁰ ou “garantias de eternidade” (do alemão *ewigkeitsklauseln*).⁵⁶¹

Já Bulos prefere a denominação “cláusulas de inamovibilidade”, de modo que, em razão de uma determinação taxativa do constituinte, o legislador reformador não poderá abolir ou remover nenhuma das matérias especificamente elencada nesse rol.⁵⁶²

v. 11, n. 2, 2017, p. 67-91. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11047/6820>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

⁵⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

⁵⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937, p. 526.

⁵⁶⁰ De acordo com Bulos, a expressão cláusulas pétreas “são signos linguísticos e, como tais, constituem verdadeiros pedaços de vida encartados em folhas de papel. Por isso, cumpre-nos investigar o sentido dos vocábulos, porque, se empregados indevidamente, constituem as fontes dos mal-entendidos. O adjetivo pétrea vem de pedra. Significa ‘duro como pedra’. Traduzindo a etimologia da palavra para o campo constitucional, cláusula pétrea é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 417.

⁵⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

⁵⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 32.

Em todo caso, as cláusulas de garantia significam “um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade”.⁵⁶³ Como afirma Sarlet, são disposições impeditivas de alteração e que apresentam “vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao tempo que se garanta às Constituições a realização de seus fins”.⁵⁶⁴

Nota-se que o poder constituinte originário revestiu as cláusulas pétreas com o manto da imutabilidade no que diz respeito à extinção ou à redução de conteúdos essenciais à preservação da Constituição. Contudo, é bem verdade que, com o passar do tempo, a Constituição pode não estar mais a acompanhar a realidade social, econômica, política e cultural, o que justificaria uma releitura do dispositivo constitucional no sentido de atender às demandas atuais, como, por exemplo, acontece nas legítimas mutações constitucionais.

Entretanto, isso não significa que o intérprete da norma constitucional pode ultrapassar os limites semânticos do texto, como bem adverte Pedra:

O significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente. Assim, quando se afirma que o texto possui uma elasticidade de interpretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete. [...] É preciso distinguir as novas leituras que se mantenham dentro do espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico daquelas outras criações subreptícias de novos preceitos, que ocorrem por meio de interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.⁵⁶⁵

Nesse sentido, interessante mencionar a importância do principal método clássico de interpretação jurídica, o literal. Embora parte da doutrina contemporânea apresente crítica aos cânones clássicos da hermenêutica jurídica, conforme demonstrado por Krell⁵⁶⁶, os aplicadores continuam(vam?) a se valer deles, uma vez que guiam a própria interpretação.

Segundo as lições de Ferraz, a interpretação constitucional dirige-se, mormente, para o significado literal das palavras, que são analisadas isoladamente ou no contexto da oração. Partindo desse pressuposto, são objeto de consideração apenas as palavras que constam no

⁵⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.072.

⁵⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 28.

⁵⁶⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. In: **Revista da AJURIS**, n. 75, p. 53-57, set. 1999.

⁵⁶⁶ KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1), p. 295-320, jan.-jun. 2014. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19_295-320_-_andreas_j_krell.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 296-297.

texto. Na interpretação constitucional pelo método literal, “o espírito ou o sentido da Constituição devem ser extraídos primacialmente da letra constitucional”.⁵⁶⁷

Quanto ao método gramatical ou literal, tem-se como “o ponto de partida do trabalho jurídico, justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador”.⁵⁶⁸ A própria literalidade do disposto na presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF) impõe a premissa do trânsito em julgado, o que, de certo modo, confere segurança jurídica aos destinatários da norma, pois esses não ficariam à mercê de interpretações outras, senão aquela traduzida em sua composição semântica, o que parece não ter sido observado nos últimos julgados do STF.

Ressalta-se que a interpretação como mecanismo de mutação constitucional tem seu limite; este se atrela, indispensavelmente, às possibilidades semânticas do texto. Nesses casos, justifica-se formal e materialmente, pois caso contrário poderá falsear a Constituição, chegando a conclusões opostas às que o texto prescreve.⁵⁶⁹

A reforma constitucional não poderá, sob nenhuma hipótese, colocar em ameaça a identidade e a continuidade da Constituição, de modo que a “existência de limites materiais expressos exerce função de proteção, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais”.⁵⁷⁰

Volvendo à questão da rigidez constitucional, convém lembrar que o princípio da presunção de inocência possui a qualidade, conferida pelo legislador constituinte, de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF)⁵⁷¹ e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF)⁵⁷², o que reforça a sua força jurídico-normativa na Constituição.

⁵⁶⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 36.

⁵⁶⁸ KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1), p. 295-320, jan.-jun. 2014. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19_295-320_-_andreas_j_krell.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 303.

⁵⁶⁹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 93.

⁵⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lenio Streck**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 29.

⁵⁷¹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁷² “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Cf. BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

De acordo com Piovesan, a CF vigente trouxe uma “nova topografia constitucional”, pois “em seus primeiros capítulos apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais”.⁵⁷³

Na mesma linha, Sarlet expõe que:

O fato de o Constituinte ter guindado os direitos fundamentais (pelo menos parte deles, para os que advogam uma interpretação restritiva) à condição de limite material expresso à reforma constitucional pode ser considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal das normas que os consagram. Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de “cláusula pétrea”, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria.⁵⁷⁴

Como a presunção de inocência foi erigida a condição de direito fundamental pelo legislador constituinte, sendo blindada com a garantia de eternidade, é possível concluir que não pode sofrer mutação constitucional no sentido de restrição ao seu núcleo fundamental, o que de fato ocorreu com a decisão da Suprema Corte que permitiu a aplicação da pena antes da definição da culpa com trânsito em julgado, sem a devida observância ao manto protetivo das cláusulas pétreas.

5.4 – A permissibilidade judicial da execução provisória da pena e a função da legislação complementar: da necessidade de interpretação sistemática ao suposto enfrentamento da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal

A permissibilidade judicial da execução provisória da pena, ainda que sob o argumento da existência de mutação constitucional, deve ser debatida não apenas à luz do texto da Constituição, mas também da legislação complementar, que, consoante sua própria nomenclatura, apresenta-se como normatização de características adicionais ou de acréscimos às disposições constitucionais.

Até porque a interpretação da Constituição busca extrair o sentido do texto, e para encontrá-lo, faz-se necessária a utilização de alguns métodos, como, por exemplo, a análise conjunta com outros dispositivos constitucionais e/ou da legislação complementar.

⁵⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99.

⁵⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 387.

Nesse sentido, destaca-se o cânone da interpretação sistemática, a qual é acolhida com ênfase nos meios jurídicos. Isto não significa que é a única interpretação viável, porém se compatibiliza com “os propósitos relativos à apreensão do conteúdo, do sentido, da determinabilidade conceitual, das fórmulas gerais e elásticas, breves e esquemáticas, próprias daqueles termos vagos e ambíguos da Constituição”.⁵⁷⁵ Ademais, é bastante útil nos textos constitucionais amplos, como é o caso da Constituição brasileira.

Segundo as lições de Ferraz:

[...] a interpretação sistemática é necessária e até mesmo indispensável para aclarar o sentido de qualquer norma jurídica, mais necessária ainda se apresenta na interpretação da Constituição que é, em si mesma, concebida, pelo legislador constituinte, como um sistema baseado na concatenação lógica entre princípios e normas, na coerência entre o conteúdo das diversas proposições normativas nela encerradas e na coordenação destas com os fins perseguidos que não podem ser com elas incompatíveis.⁵⁷⁶

Desse modo, a técnica da interpretação sistemática exerce uma missão fundamental, porquanto os ordenamentos jurídicos são propostos a partir da idealização de artigos, parágrafos, incisos e alíneas que apresentam conexões entre si. Nessa linha, o texto constitucional se propõe a apresentar suas disposições de forma coordenada, em feixes orgânicos, buscando desenvolver unidade de sentido. Daí porque os seus conteúdos possuem um vínculo de inter-relação e interdependência, inclusive com as normas infraconstitucionais, como é o caso do CPP.⁵⁷⁷

Sobre o tema em discussão, importante transcrever o teor do art. 283 do CPP, que estabelece:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).⁵⁷⁸

Da análise do referido dispositivo, importa pontuar que a sua atual redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, que buscou compatibilizar o CPP com a CF vigente, especialmente no que diz respeito à garantia da presunção de inocência, estabelecendo a excepcionalidade da prisão, sobretudo da prisão pena, a qual deve ser aplicada apenas após o marco temporal intransponível do trânsito em julgado.

⁵⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 110.

⁵⁷⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 36.

⁵⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 111.

⁵⁷⁸ BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

A correspondência é absoluta com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, chegando, inclusive, a uma grande relação de identidade textual.

Sobre isso, como visto, o PEN ajuizou a ação declaratória de constitucionalidade nº 43 perante o STF, objetivando o reconhecimento da legitimidade constitucional do art. 283 do CPP, o qual deve ser interpretado conforme o núcleo essencial da presunção de inocência.⁵⁷⁹ Na mesma linha, o CFOAB ajuizou a ação declaratória de constitucionalidade nº 44 perante a Suprema Corte, argumentando que o art. 283 do CPP compatibilizou o processo penal ao texto constitucional, especificamente no que diz respeito à presunção de inocência e, tendo em vista que no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP o STF não se pronunciou acerca do art. 283, tal omissão implicaria dizer que o dispositivo infraconstitucional permanece válido.⁵⁸⁰

Percebe-se, pois, que as entidades democráticas que subscrevem os pedidos reconhecem a legitimidade constitucional do art. 283 do CPP, entendendo que a norma condiciona o início da execução da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, como adverte Pinto, diversas decisões recentes do STF, vistas sob o prisma dos cânones da interpretação literal e sistemática, carecem de sustentáculos.⁵⁸¹

Não obstante as decisões estudadas, inegável é a compatibilidade entre o dispositivo constitucional que estabelece a presunção de inocência e o art. 283 do CPP, de modo que, pela interpretação sistemática, afigura-se mais razoável, numa concepção de garantias processuais e constitucionais, o entendimento impeditivo da execução antecipada da pena, o que se extrai não só da legislação processual penal, mas também da legislação própria da execução penal.

⁵⁷⁹ “O PEN sustenta que a reformulação da jurisprudência ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP, introduzido em 2011, que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. O partido argumenta que a decisão é incompatível com a norma do CPP e, por este motivo, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria de ter declarado sua inconstitucionalidade”. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência.** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸⁰ “A OAB alega que a decisão no HC 126.292 tem gerado um ‘caloroso debate doutrinário’ e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, o que, conforme a entidade, pode ameaçar a segurança jurídica, além de restringir a liberdade do direito de ir e vir. Observa que, apesar de a decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a adotar posicionamento idêntico, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP. [...] No mérito, o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* [para todos] e efeito vinculante”. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência.** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸¹ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia:** o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

5.4.1 – A incongruência com as disposições da Lei de Execução Penal

Ainda na esteira da interpretação sistemática, tem-se que a permissibilidade judicial da execução provisória da pena também não se coaduna com alguns dispositivos da Lei nº 7.210/1984, mais conhecida como LEP.

Com o encerramento da fase instrutória, de conhecimento, se a ação penal for julgada procedente, não havendo mais a possibilidade de recursos previstos no ordenamento jurídico, promove-se a execução do título executivo judicial com a aplicação da reprimenda – como exemplos, as penas privativas de liberdade (art. 105 da LEP)⁵⁸² e as penas restritivas de direitos (art. 147 da LEP)⁵⁸³ –, exigindo-se do condenado o resgate de sua dívida com a sociedade.⁵⁸⁴

Observa-se a harmonização dos referidos dispositivos da citada legislação com o princípio constitucional da presunção de inocência, especialmente o art. 105 da LEP, que condiciona a expedição de guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da condenação.

Daí porque a sentença apenas se torna título executivo judicial – passando da fase de conhecimento para a fase de execução – com o trânsito em julgado da decisão, seja em razão da não interposição recursal, seja em razão do improvimento dos recursos interpostos, obedecendo-se à cláusula do devido processo legal.⁵⁸⁵

Convergindo com tal entendimento, Marcão aduz que:

A guia de recolhimento, mais conhecida nos meios forenses como “carta de guia”, é o documento que materializa o título executivo judicial para fins de execução. Somente com a expedição da guia de recolhimento, após o trânsito em julgado da condenação, é que a sentença ganha força executiva e deve ser providenciado o início do cumprimento da pena no regime estabelecido na decisão.⁵⁸⁶

⁵⁸² “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸³ “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

⁵⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 714.

⁵⁸⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

A noção de que a execução da pena privativa de liberdade apenas se inicia com a expedição da guia de recolhimento, que se dá (dava), em regra, após o trânsito em julgado da condenação, também pode ser concluída por meio da leitura do art. 106, inciso III⁵⁸⁷, e do art. 107⁵⁸⁸ da LEP.

Também se compatibiliza com o princípio constitucional da presunção de inocência o art. 160 da LEP⁵⁸⁹, pois com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório em que se impôs a suspensão condicional da pena, e, nesse último caso, após o retorno dos autos da segunda instância, o juiz designará a audiência de advertência, oportunidade em que se lerá a sentença ao condenado, admoestando-o acerca das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições estabelecidas.⁵⁹⁰

Deve ser rememorada, neste ponto, a discussão iniciada no item 2.2.4 deste trabalho, que expõe a incongruência das recentes decisões do STJ com as decisões do STF, ao impossibilitarem a execução antecipada das penas restritivas de direitos, ao argumento da literalidade do disposto no art. 147 da LEP – de tamanha similitude com o art. 105 da mesma legislação –, a demonstrar, como já enfatizado, a utilização da prisão como símbolo e os aspectos subjacentes de resposta social aos problemas criminais com ações repressivas.

Por fim, vê-se que a unicidade da LEP em aguardar o trânsito em julgado para o início do cumprimento de medidas de execução abrange a aplicação das medidas de segurança, conforme se observa no art. 171 da norma em referência⁵⁹¹, coadunando-se, para além da CF em vigor, com os documentos internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

5.4.2 – A (in)compatibilidade com o Pacto de São José da Costa Rica e a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

⁵⁸⁷ “Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà: [...] III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸⁸ “Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁸⁹ “Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

⁵⁹¹ “Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução”. Cf. BRASIL, Planalto. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Um dos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito, como o instalado a partir da CF de 1988, é o respeito aos direitos humanos. À luz da Carta Magna, “as normas internacionais de Direitos Humanos equivalem a emendas constitucionais, se aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 5º, § 3º, da CF).⁵⁹²

Não obstante a proteção oferecida pela Lei Maior do direito interno, o Brasil também assumiu no plano internacional uma série de compromissos relacionados à defesa dos direitos humanos em suas diversas frentes, uma vez que subscreveu e ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a competência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a obrigatoriedade de suas decisões. Toda essa proteção nacional e internacional transmite a ideia de total intransigência no que concerne à violação aos direitos humanos e fundamentais.⁵⁹³

Ainda assim, ressalta-se a completa discrepância das decisões proferidas acerca da execução provisória da pena pelo STF com os documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, bem como o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já consolidado quanto à necessidade de formação da culpa em definitivo para a imposição das penas previstas.⁵⁹⁴

Sotto-Mayor alerta para o fato de que os instrumentos internacionais não são utilizados com frequência pelo Poder Judiciário brasileiro, o que indica a desimportância dada às normas de direito internacional na fundamentação das decisões judiciais. Ademais, a falta de alusão aos instrumentos internacionais mostra que os “juízes brasileiros não concebem com a necessária profundidade a importância da tutela dos direitos humanos, de interesse mundial, planetário, com valor intrínseco e transcendente à própria posituação”.⁵⁹⁵

Observa-se que, além de não mencionar as disposições do Pacto de São José da Costa Rica, a decisão do STF que permitiu a execução provisória da pena é contraditória à posição

⁵⁹² SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos. Restrições de direitos segundo o PIDESC e prisões no Brasil: o que o Poder Judiciário tem feito e o que tem deixado de fazer. In: LINS JUNIOR, George Sarmento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 68.

⁵⁹³ Ibid., p. 69.

⁵⁹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 66/01 – Caso 11.992 – Dayra María Levoyer Jiménez versus Equador**. Organização dos Estados Americanos (OEA), 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftn32>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁹⁵ SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos. Restrições de direitos segundo o PIDESC e prisões no Brasil: o que o Poder Judiciário tem feito e o que tem deixado de fazer. In: LINS JUNIOR, George Sarmento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 80.

da Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme trecho do caso Dayra María Levoyer Jimenez contra o Estado do Ecuador:

[...] A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado (Caso Suárez Rosero, par. 77⁵⁹⁶). Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada [...] A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8 (2) da Convenção Americana.⁵⁹⁷

Reforçando o posicionamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca-se o caso Ricardo Canese contra o Estado do Paraguai⁵⁹⁸, no qual o candidato à presidência foi processado e condenado a quatro meses de prisão, entre outras punições, como a restrição permanente de sair do país pelo período de oito anos. O caso chegou à Corte Interamericana, que sob o fundamento da presunção de inocência, condenou a decisão do Judiciário do Paraguai por entender que a restrição foi imposta sem que Ricardo Canese tivesse sido declarado autor do delito, revelando-se, portanto, uma sanção penal antecipada e excessiva.

Dessa forma, vê-se que a Corte Interamericana de Derechos Humanos possui entendimento contrário em relação à recente decisão do STF, defendendo que a presunção de inocência impede a execução provisória da pena, pois essa garantia somente é afastada após a comprovação da culpa mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, a interpretação da Corte Interamericana de Derechos Humanos é a mais consentânea com o texto do dispositivo que assegura a presunção de inocência na Convenção

⁵⁹⁶ “Esta Corte estima que em el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS: **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 66/01 – Caso 11.992 – Dayra María Levoyer Jiménez versus Ecuador**. Organização dos Estados Americanos (OEA), 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftn32>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Americana e na CF, além de se compatibilizar com os ideais de um Estado Democrático de Direito e com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁹⁹

5.4.3 – A utilização do direito comparado como fonte subsidiária

No julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, o ministro Teori Zavascki defendeu que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal”. Para chegar a essa conclusão, pontuou que “não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”.⁶⁰⁰

Com vistas à motivação de tal posição, o relator utilizou o direito comparado como um dos fundamentos para sustentar sua decisão. Inicialmente, fez menção ao posicionamento firmado pela ministra aposentada Ellen Gracie no *habeas corpus* nº 85.886, explicando que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.⁶⁰¹

Em segundo plano, contemplou estudo de direito comparado, realizado por Frischeisen, Garcia e Gusman, demonstrando que países como Inglaterra, Estados Unidos da América, Canadá, Alemanha, França, Portugal e Espanha permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado, fazendo menção às pequenas nuances do disciplinamento em cada país.⁶⁰²

Contudo, em que pesem as informações trazidas no citado voto, faz-se necessário ressaltar que nem todos os países citados permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porquanto prescrevem a presunção de inocência em diferentes formatos, possuindo mecanismos que permitem o acautelamento provisório,

⁵⁹⁹ MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. O julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob o prisma da Convenção Americana de Direitos Humanos: interpretação válida ou retrocesso? In: LINS JUNIOR, George Sarmiento; RODRIGUES, Paulo Gustavo (org.). **A tutela dos direitos humanos e garantias fundamentais no Pacto de São José da Costa Rica**. Maceió: Edufal, 2017 (no prelo).

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.292/SP. Brasília-DF, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p.11.

⁶⁰¹ Ibid., p.12.

⁶⁰² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 84.078. In: **Garantismo penal integral**. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). São Paulo: Atlas, 2013.

quando demonstrada a necessidade, guardando semelhanças com as hipóteses de prisão preventiva no Brasil.

Na Espanha, por exemplo, o início do cumprimento da pena de prisão é semelhante ao que consta no texto constitucional brasileiro. Isso porque o art. 3.1 do Código Penal Espanhol estabelece que não será permitido executar a pena enquanto a sentença do Juiz ou Tribunal competente não for “firme”⁶⁰³, isto é, quando não houver mais possibilidade de recursos, excetuando-se o recurso de amparo, que embora denominado recurso, assemelha-se a revisão criminal em nosso ordenamento jurídico, mas com a amplitude bem mais alargada, pois representa um instrumento que visa direcionar ao Tribunal Constitucional Espanhol alegação de ações ou omissões de qualquer dos poderes constituídos e que afete os direitos fundamentais.⁶⁰⁴

De igual modo é o sistema da Alemanha, que aguarda o trânsito em julgado da condenação para executar a pena, embora não preveja expressamente a presunção de inocência em sua Constituição.⁶⁰⁵ Após a decisão do juiz de primeiro grau, o réu pode interpor recurso perante um tribunal local e, por último, recurso de revisão (*revision*) perante o *Bundesgerichtshof*, que equivale ao STJ no Brasil. O recurso de revisão tem efeito suspensivo automático, sendo incabível a execução da pena até o seu julgamento.⁶⁰⁶

Ressalta-se que a peculiaridade está na participação da Corte Constitucional Alemã, que não admite recurso. Em matéria penal, o que existe é a revisão criminal (*wiederaufnahmedes verfahrens*), que não é uma espécie de recurso e só pode ser ajuizada após o trânsito em julgado da condenação, não possuindo efeito suspensivo, apesar de que as partes podem pedir a interrupção do trânsito em julgado.⁶⁰⁷

⁶⁰³ Termo utilizado nos países de língua espanhola para definir o momento do trânsito em julgado. Cf. MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

⁶⁰⁴ “Artículo 3.1 - No podrá ejecutar se pena ni medida de seguridad sino em virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo com las leyes procesales”. Cf. GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Justicia. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁰⁵ Descreve Llobet Rodríguez, que “*la Constitución Federal alemana no contempla em forma expresa la presunción de inocencia. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional (Bundesgerichtshof) ha considerado incluida la presunción de inocencia em el principio del Estado de Derecho (art. 20 de la Ley Fundamental), y um sector de la doctrina considera que la presunción de inocencia se deduce del principio de respeto a la dignidad humana (Gebot der Achtung der Menschenwürde) (art. 1 de la Ley Fundamental). En el Ordenanza Procesal Penal alemana tampoco se prevé expresamente la presunción de inocencia. Sin embargo, dicho principio fue regulado em las Constituciones de diversos Estados de la Federación alemana (Bundeslander)*”. Cf. RODRIGUEZ, Javier Llobet. **La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán)**. San José: Escuela Judicial, 1993, p. 163-164.

⁶⁰⁶ CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. In: **Revista Consultor Jurídico**, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁰⁷ Ibid.

Sem prejuízo de referências ao direito comparado, é no âmbito interno que devem ser observados e analisados os limites da modificação do texto constitucional.⁶⁰⁸ Até porque, como alerta o ministro Celso de Mello em seu voto, a Corte foi chamada para “expor e interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição”, de modo que “a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.⁶⁰⁹

Ademais, na opinião do decano da Corte, a utilização do direito comparado é completamente inadequada, pois o ordenamento jurídico e a jurisprudência formada nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, mostram que, nesses países, não é necessário o respeito do trânsito em julgado da condenação criminal, ao contrário do modelo constitucional brasileiro, que protege a presunção de inocência de forma mais intensa.⁶¹⁰

Insta salientar ainda que o direito comparado deve ser utilizado apenas como fonte subsidiária ou auxiliar. De acordo com Bulos, destina-se a entender as particularidades de institutos, instituições e órgãos dos diversos ordenamentos jurídicos, o que, no entanto, não se configura como uma disciplina normativa prevista nos textos legislativos, mas consiste apenas em um método de trabalho que objetiva facilitar o entendimento das categorias jurídico-constitucionais.⁶¹¹

Desse modo, apesar de o direito comparado ser um método que descreve as ordens constitucionais distintas de Estados diversos, isto não significa que as normas internacionais são obrigatoriamente vigentes no direito interno, tampouco vinculam as decisões da Suprema Corte, que deve se municiar primariamente das normas constitucionais previstas na Constituição brasileira.⁶¹²

5.5 – Vetor interpretativo da presunção de inocência: a dignidade da pessoa humana

⁶⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

⁶⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Brasília-DF, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 88.

⁶¹⁰ Ibid.

⁶¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

⁶¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 51-52.

Outra reflexão possível diz respeito à interferência da dignidade da pessoa humana como direcionador da interpretação das normas definidoras de direitos fundamentais.

A ideia da existência de uma dignidade humana remonta às raízes filosóficas da Antiguidade clássica, mas vem a ser definida nos planos da ética e da moral através de Kant, ao defender “que somente o ser racional possui a faculdade de agir, bem como a vontade de acordo com a representação de leis e princípios, sendo que somente o ser humano possui essa razão prática”, motivo pelo qual deve agir como um fim e não como um meio.⁶¹³

Disso se extrai a importância de o ser humano, ante as suas diversas potencialidades – advindas da racionalidade –, ser considerado central no sistema de valores da sociedade, não devendo ser tratado ou comparado aos outros seres não humanos e aos objetos. Não obstante basear-se em raízes filosóficas, religiosas e ideológicas, a relevância da dignidade humana para o direito é bastante recente, remontando ao período da Segunda Guerra Mundial.⁶¹⁴

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi elencada como um dos fundamentos da República, constante no inciso III do art. 1º da CF de 1988. Além da citada previsão constitucional, essa normatização tem espaço privilegiado em diversos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).⁶¹⁵

Sua conceituação constitui um dos maiores desafios das doutrinas clássicas e contemporâneas, porquanto a norma em tela ostenta reconhecido grau de abstração e generalidade. Entretanto, tem-se dogmaticamente o estabelecimento de critérios mínimos à sua conceituação e aplicação, esta extraída também a partir das jurisprudências brasileira e estrangeira.⁶¹⁶

Segundo Bonavides, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁶¹⁷ Decerto, a

⁶¹³ Cf. PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2016, p. 320; e KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

⁶¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 21.

⁶¹⁶ SOUSA, Virgínia Motta. A dignidade humana na jurisdição constitucional. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Brasília: IDP, 2013.

⁶¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

dignidade da pessoa humana “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais”.⁶¹⁸

A partir disso, Barroso expõe que a dignidade humana deve ter seu conteúdo jurídico entendido a partir de uma definição que consubstancie uma unidade mínima e capaz de conceder objetividade à sua aplicação, afastando a conceituação oriunda das doutrinas religiosas ou ideológicas. Para tanto, escalona a concepção minimalista da dignidade humana a partir das seguintes vertentes: *i*) valor intrínseco dos seres humanos; *ii*) autonomia dos indivíduos; e *iii*) valor comunitário dos indivíduos.⁶¹⁹

Considerando que cada ser humano é único, devendo, ainda, ser tido como titular de direitos fundamentais – indisponíveis –, a dignidade da pessoa humana se dirige a todas as pessoas indistintamente, como fonte direta ou indireta de direitos e deveres individuais.⁶²⁰ Com isso, são projetadas limitações, em torno dos direitos fundamentais, com a finalidade de restringir a atuação dos poderes públicos e da sociedade, obstaculizando o sacrifício da dignidade humana em face de interesses coletivos.⁶²¹

Segundo Britto:

O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana deriva do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte.⁶²²

Dessa forma, por ser, a dignidade humana, promovida ao *status* jurídico-normativo de princípio fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito, este resta obrigado a ser instrumento e a instrumentalizar a promoção e a garantia de condições dignas às pessoas, individual ou coletivamente consideradas.⁶²³

Para tanto, uma das formas de se concretizar a proteção à dignidade humana no âmbito judicial tem sido a sua utilização como vetor interpretativo nas causas que tenham por questões meritórias a aplicação de direitos fundamentais, como é o caso da presunção de inocência.

⁶¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 43.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁶²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 199.

⁶²¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (orgs.). **Direitos humanos fundamentais**: posituação e concretização. Osasco: Edifício, 2006, p. 132.

⁶²² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27.

⁶²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 52.

De acordo com Pérez Luño, os fundamentos constitucionais – a exemplo da dignidade da pessoa humana na CF de 1988 – apresentam uma tripla dimensão: *i)* “fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político;” *ii)* “orientadora – metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculizem a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional;” e *iii)* “crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração à interpretação de atos ou condutas”.⁶²⁴

Em posição semelhante, Barroso informa que:

O princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.⁶²⁵

Desse modo, levando-se em consideração as dimensões acima referidas, sobretudo a que diz respeito à utilização dos fundamentos constitucionais como direcionamento interpretativo, é impositiva a inter-relação, nos casos estudados no presente trabalho, da presunção de inocência com a dignidade da pessoa humana, princípio vetor dos direitos fundamentais utilizado na estruturação do raciocínio jurídico, especialmente nos casos difíceis.⁶²⁶ Os fins maiores da Constituição, como é o caso da dignidade da pessoa humana, devem ser necessariamente observados na operação interpretativa, sobremaneira por ocasião da proteção de direitos e garantias fundamentais.⁶²⁷

Sarlet e Weingartner Neto demonstram que a dignidade humana tem sido utilizada, em diversas ocasiões, pelo STF – seja como fundamento principal ou secundário –, relacionadas, em quantitativo expressivo, ao direito penal e processual penal. Dessas decisões, pode-se extrair “a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito da assim chamada

⁶²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 288-289.

⁶²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶²⁶ Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (orgs.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; e BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶²⁷ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 150.

‘ponderação’ de princípios, seja em outras hipóteses – optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana”.⁶²⁸

Com efeito, a autorização da execução antecipada da pena certamente não se compatibiliza com o exercício da dignidade humana, especialmente quando, ao funcionar como motivação estruturante dos direitos fundamentais, impõe o marco temporal do trânsito em julgado para a imposição da sanção penal pelo Estado.

Conquanto não tenha havido, nas recentes decisões investigadas, justificativa suficiente acerca da não utilização da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo – ou seja, foi deliberadamente ignorada a norma fundamental –, o mesmo não aconteceu por ocasião da fixação do precedente de relatoria do ministro Eros Grau, ao assentar que:

Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. 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.⁶²⁹

De fato, “mesmo alguém que pratique crimes que possam ser qualificados como cruéis e desumanos, segue sendo pessoa e segue sendo titular de uma dignidade, sujeito, portanto, de um direito a não ser ele próprio tratado de forma indigna”.⁶³⁰ A presunção de inocência deve ser refratária a todos os indivíduos indistintamente, porquanto detentores de dignidade humana, e deve funcionar indispensavelmente como vetor interpretativo na aplicação dos direitos humanos e fundamentais.

5.6 – O princípio da vedação ao retrocesso aplicado aos direitos individuais

O princípio da vedação ao retrocesso, também conhecido como garantia da não regressividade ou irreversibilidade dos direitos fundamentais, resguarda esses direitos de “medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por

⁶²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 43.

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018, p. 43.

⁶³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 21.

escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais ou não)”.⁶³¹

De acordo com os estudos de Monteiro e Moreira, a proibição do retrocesso é inicialmente uma “obrigação que também está positivada no âmbito internacional, através do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), e ao qual a República Federativa do Brasil está submetida, como signatário deste, que foi objeto de ratificação internacionalmente em 1992”.⁶³²

O PIDESC, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, foi ratificado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto de nº 591, de 6 de julho de 1992. A vedação ao retrocesso encontra fundamento no art. 2º, 1, do referido Pacto.⁶³³

O referido princípio também encontra espeque, de modo implícito, na CF de 1988, razão pela qual sua fundamentação jurídico-normativa e a obrigatoriedade de observância já se encontram sedimentadas há bastante tempo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.⁶³⁴

À luz do entendimento de Barroso, a vedação ao retrocesso foi consagrada no direito comparado e brasileiro como um princípio não expresso, embora decorra do sistema jurídico-constitucional. A partir daí, “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.⁶³⁵

A proibição do retrocesso é um desdobramento do princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais. Por conseguinte, o § 1º do art. 5º, em

⁶³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Revista TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009, p. 121.

⁶³² MONTEIRO, Vitor de Andrade; MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso. In: LINS JUNIOR, George Sarmiento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 43.

⁶³³ “Art. 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Cf. BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 591/1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶³⁴ MONTEIRO, Vitor de Andrade; MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso. In: LINS JUNIOR, George Sarmiento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 50.

⁶³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

combinação com o art. 60 da Constituição, garante a proteção efetiva dos direitos fundamentais não somente contra a atuação do poder de reforma constitucional (art. 60 da CF), mas também contra o legislador ordinário e o Poder Judiciário, evitando medidas legislativas e decisões jurisdicionais que afrontem a segurança jurídica e a proteção à confiança.⁶³⁶

Conforme os ensinamentos de Monteiro e Moreira:

A possibilidade de se reconhecer implicitamente o referido princípio no sistema constitucional brasileiro vem reforçar o seu aspecto de normatividade, que já se fazia presente no âmbito do ordenamento jurídico supraestatal. A ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, por si só, já obriga os Estados Partes a aplicá-los, devendo-se pautar a legislação interna a partir deles, e não o contrário.⁶³⁷

Em que pese a mutabilidade das relações sociais, que influenciam na interpretação das normas jurídicas, tendo em vista a necessidade de acompanhar as exigências da sociedade e a sua evolução, o ordenamento jurídico deve se inclinar sempre à proteção de direitos humanos e fundamentais. Qualquer interpretação que tenha como objetivo se adequar à realidade deverá ser sempre evolutiva, nunca retrocedendo, assim como deverá respeitar as características rígidas da norma, evitando inovações que não se encontrem expressas no espírito do texto e proporcionando maior segurança jurídica aos litigantes.

Assim, o Poder Judiciário, como aplicador e intérprete da norma, está incumbido de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais, não podendo, em nenhuma hipótese, suprimir ou restringir o núcleo essencial do direito fundamental.⁶³⁸

Monteiro e Moreira alertam para o fato de que a jurisprudência brasileira ainda é bastante resistente à aplicação de comandos normativos estabelecidos em diplomas internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Aliás, o que se identifica é uma “incoerente tentativa de aplicação do direito internacional dos direitos humanos sob os parâmetros do direito interno”.⁶³⁹

⁶³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 420.

⁶³⁷ MONTEIRO, Vitor de Andrade; MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso. In: LINS JUNIOR, George Sarmento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 50.

⁶³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 420.

⁶³⁹ MONTEIRO, Vitor de Andrade; MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso. In: LINS JUNIOR, George Sarmento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 48.

É bem verdade que a realidade social possui caráter dinâmico, encontrando-se em progressiva evolução, e com isso as necessidades sociais vão se alterando. Como a função do ordenamento jurídico é regular os fatos provenientes da sociedade, as normas não podem ignorar as suas necessidades.

Entretanto, no cenário da problematização do presente trabalho, ou seja, nas decisões que possibilitaram a execução da pena após a confirmação da condenação em duplo grau de jurisdição, vê-se que a Suprema Corte ultrapassou os limites de sua atuação, regredindo a entendimento anteriormente sedimentado. Portanto, tais decisões podem ser consideradas atentatórias ao princípio da vedação do retrocesso, como ilustrado no gráfico apresentado no item 4.2 desta dissertação.⁶⁴⁰

⁶⁴⁰ MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. O julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob o prisma da Convenção Americana de Direitos Humanos: interpretação válida ou retrocesso? In: LINS JUNIOR, George Sarmento; RODRIGUES, Paulo Gustavo (org.). **A tutela dos direitos humanos e garantias fundamentais no Pacto de São José da Costa Rica**. Maceió: Edufal, 2017 (no prelo).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, podem ser apontadas as seguintes considerações:

1. O advento da CF de 1988 objetivou traduzir o sentimento de redemocratização clamado pela sociedade brasileira, em contraponto ao Regime Militar vivenciado por considerável tempo. Nesse período, diversos direitos e garantias individuais foram restringidos pelo Estado, em nome da segurança nacional. A promulgação da Carta Magna transformou o cenário do Brasil, promovendo direitos e garantias fundamentais num formato de compensação ao período arbitrário do militarismo.
2. Nessa perspectiva, o âmbito de proteção aos direitos e garantias fundamentais também é alargado com a assinatura e ratificação de outros diplomas normativos – tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos –, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual irradia as suas disposições para todo o ordenamento jurídico, sendo considerado, por parcela da doutrina, como norma materialmente constitucional.
3. Essas normatizações – CF e tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – são dotadas de superioridade axiológica, o que implica a sua observância como parâmetro indiscutível, impondo a sua aplicação pelos poderes constituídos, inclusive na edição da legislação infraconstitucional, funcionando como norma de validade.
4. A presunção de inocência é um dos princípios estatuídos no referido eixo de direitos fundamentais, previsto na CF, impondo, textualmente, a barreira do trânsito em julgado para a declaração de culpabilidade penal e a consequente aplicação das penas previstas em lei. Tal proteção é visualizada também em diversos diplomas jurídicos internacionais que amparam direitos humanos e fundamentais. Funcionando como princípio reitor no âmbito penal, atua em sua tríplice vertente, seja como norma de tratamento, norma probatória ou norma de juízo, caracterizando-se como disposição indelével, insuscetível de criações interpretativas que visem à restrição de seu âmbito de cabimento.

5. Desse modo, em observância ao núcleo essencial da presunção de inocência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, de modo que a prisão se apresenta como medida excepcional e último recurso (*ultima ratio*), justificando-se, a prisão pena, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
6. Não obstante a influência de fenômenos subjacentes, a exemplo do agigantamento do Poder Judiciário, a cobrança midiática por providências afetas à segurança pública tem direcionado esse poder constituído ao protagonismo do que se denomina como populismo penal ou judicial e tem tido como uma de suas principais consequências o fenômeno do encarceramento em massa, sobrecarregando um sistema prisional já em si extremamente deficitário.
7. Tal atuação perpassa pela deliberada subversão do sistema de princípios e garantias que norteiam todo o sistema penal, construído após anos de experiências negativas e de injustiças, que foi formulado para garantir a equidade na relação jurídica formada pelo Estado e pelo indivíduo submetido ao sistema de justiça penal. Assim, o que se tem visto é a prática de medidas de exceção e que geram enorme insegurança jurídica. Esse modelo privilegia as respostas repressivas em detrimento das ações preventivas e pode ser visualizado na recente autorização do retorno da chamada execução provisória da pena.
8. A consequência disso é a imposição de um Estado de exceção permanente, pois a minimização da presunção de inocência pelo STF se apresenta como uma medida de exceção, mormente em razão da suspensão de direitos fundamentais e da sustentação do autoritarismo do Judiciário brasileiro.
9. De fato, a decisão da Suprema Corte vai de encontro não apenas ao princípio da presunção de inocência, mas a todo o sistema constitucional-penal brasileiro, abrindo a possibilidade para tratar a prisão como regra e não como exceção. A distorção de garantias constitucionais, penais e processuais penais para instituir uma medida atípica, embasada em justificativas meramente políticas, populistas e

midiáticas, leva a crer na imposição de um Estado de exceção permanente, o que, por sua vez, colide com os ideais de um Estado Democrático de Direito.

10. Entende-se, pois, que a disposição constitucional e as previsões em diplomas jurídicos internacionais sobre direitos humanos não abrem margem para entendimentos de restrição à presunção de inocência, quanto ao início do cumprimento da pena. Entretanto, como visto, as recentes e sucessivas decisões do STF no *habeas corpus* nº 126.292/SP, nas ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44, no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP e no *habeas corpus* nº 152.752/PR (impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), revelam o resultado de uma interpretação equivocada e de uma comparação inadequada com a prática processual penal de outros países, restaurando o entendimento anterior de flexibilização da presunção de inocência.
11. A necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para a imposição da prisão pena decorre da previsão constitucional, inclusive sobre as próprias instâncias recursais e do devido processo legal, com a previsão dos recursos cabíveis estatuídos no ordenamento jurídico, seja na CF, seja na legislação complementar.
12. Demonstração inequívoca disso é a moldura que foi produzida na legislação complementar à luz da previsão constitucional da presunção de inocência no art. 283 do CPP e nos arts. 105, 147, 160 e 171 da LEP, que prescrevem a necessidade da ocorrência do marco do trânsito em julgado para a imposição das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e, também, da medida de segurança.
13. O entendimento exposto pelo STF, nos julgados aqui analisados, sob a perspectiva da ocorrência da mutação constitucional, extrapola, além dos limites semânticos da interpretação jurídica, todo o arcabouço valorativo da própria Constituição, a dizer: *i)* a unidade da Constituição; *ii)* a proibição de restrição às cláusulas pétreas; *iii)* a dignidade da pessoa humana; *iv)* os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais; *v)* além de ferir, textualmente, a Constituição, em cujo dispositivo (inciso LVII do art. 5º da CF) foi insculpido com clareza, de modo

que sua interpretação é extraída de forma objetiva e pontualmente prevista para evitar entraves em sua plena aplicação.

14. A interpretação extensiva é já uma prática corriqueira pelo Pretório Excelso, haja vista a decisão que reconheceu, como exemplo, a união homoafetiva, provimento jurisdicional que, embora tenha contrariado previsão expressa na Constituição, foi de extrema adequação aos padrões das sociedades contemporâneas, num formato de ampliação de direitos, o que se vê de forma positiva.
15. A referida atuação não se verifica, entretanto, no caso dos citados julgamentos, oportunidade em que a construção argumentativa realizada contrariou o exposto texto constitucional e convencional, em verdadeira restrição a um direito humano e fundamental. Nesses casos, a nova interpretação deve ser consoante ao suporte do teor das palavras colocadas na Constituição, e não vilipendiar as bases de seu texto, sob pena de refletir, apenas e tão somente, uma interpretação inconstitucional.
16. A interpretação como mecanismo de mutação constitucional tem seu limite, que se atrela indispensavelmente às possibilidades semânticas do texto. Nesses casos, a reforma se justifica formal e materialmente, pois caso contrário poderá falsear a Constituição, chegando a conclusões opostas às que o texto prescreve.
17. Em suma, observa-se a utilização de uma retórica “forçada”, buscando, em argumentos e fundamentos diversos e inconstantes entre si, uma forma de afastar a legalidade e, conseqüentemente, sem aplicar o que prescreve a Constituição.
18. A partir das citadas decisões, o princípio da presunção de inocência ganhou um novo significado, agora mais restrito, não impedindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, desde que se observe o duplo grau de jurisdição, com exaurimento da instância recursal ordinária. Isso ocorre ao pressuposto da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, quando, em verdade, revela-se como uma manifesta mutação inconstitucional.

REFERÊNCIAS

I. LIVROS:

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, violência e insegurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** São Paulo: Contexto, 2006.

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. São Paulo: Elsevier, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Mursia, 1973.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1. ed. Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Conectas Direitos Humanos. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web_Defesa_Criminal_Efetiva_AL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOTELHO, Joacy Machado; CRUZ, Vilma Aparecida Gimenes da. **Metodologia científica**. São Paulo: Pearson, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires: Europa-America, 1960.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMARGO, Monica Ovisnki de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 7. ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica.** Belo Horizonte, Fórum: 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

DIAS, Cibele Fernandes. **A justiça constitucional em mutação.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (orgs.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**. São Paulo: Atlas, 2013.

GARAVITO, Cesar Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. **Mass imprisonment: social causes and consequences**. Londres: Sage Publications, 2001.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI; Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção: a providência do habeas corpus em virtude de prisão ilegal**. Portugal: Almedina, 2004.

GONÇALVES, Thomas de Oliveira. Princípios processuais, materiais e indicativos do direito internacional dos direitos humanos: a subsidiariedade e a livre escolha, a universalidade e a superioridade normativa e a interpretação *pro homine* e a interpretação evolutiva. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional:** direito penal. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GROTE, Rainer. Democracia, estado de direito e desenvolvimento. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal.* México: José M. Cajica, 1952.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal:** fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Backman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- ILLUMINARE, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell' imputato.* Bologna: Zanichelli, 1979.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte geral. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte geral. 35. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1998:** estudos comemorativos dos seus 20 anos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia.* Madrid: Iustel, 2005.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal: fundamentos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

- MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. O julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob o prisma da Convenção Americana de Direitos Humanos: interpretação válida ou retrocesso? In: LINS JUNIOR, George Sarmento; RODRIGUES, Paulo Gustavo (org.). **A tutela dos direitos humanos e garantias fundamentais no Pacto de São José da Costa Rica**. Maceió: Edufal, 2017 (no prelo).
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 3. Campinas: Millennium, 1999.
- MARTINS, Luciano. *The liberalization of authoritarian rule in Brazil*. In: O'DONNELL, Guillermo; SCMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. **Transitions from authoritarian rule: Latin America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986.
- MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.
- MATTEDI, Milton Carlos Rocha. **Estado de exceção e pluralismo político**: Schmitt, Agamben e Arendt. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Método, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELO, Antônio Barbosa; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Soraia da Rosa; SAMUEL, Fernando Oliveira. O julgamento do RE 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal: um passo adiante, dois passos atrás. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.
- MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Economia e mutação constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937.

MONTEIRO, Vitor de Andrade; MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso. In: LINS JUNIOR, George Sarmento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima; SILVA, Felipe Rosa. Prisão preventiva na atualidade: entre minimalismo e eficientismo. In: BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de; SILVA, Nathália Ribeiro Leite (org.). **Direito penal e constituição**. Maceió: Edufal, 2017.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NORES, José I. Cafferata. *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PABLOS DE MOLINA, Antônio García; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PABLOS DE MOLINA, Antônio García. **O que é criminologia?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. **Direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. In: SAMPAIO, João Marcos Francisco et al. (org.). **Os que estão à margem: uma abordagem multidisciplinar à luz dos direitos humanos**. Maceió: Edufal, 2017.

PIMENTEL, Elaine. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. In: VASCONCELOS, Ruth; PIMENTEL, Elaine. **As faces dos direitos humanos e da segurança pública em Alagoas**. Maceió: Edufal, 2011.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2016.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- RODRIGUÉZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán)*. San José: Escuela Judicial, 1993.
- RODRIGUÉZ, Ricardo Fernández. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores Ed., 2002. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal**: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SANTOS, Carlos David França. A Defensoria Pública e o acesso à justiça: a importância da atuação da Defensoria Pública de Alagoas no projeto Núcleo de Cidadania com vistas à concretização dos direitos sociais. In: SILVA, Artur Stamford da et al. **Acesso à justiça**: uma visão interdisciplinar. Maceió: Mascarenhas, 2017.
- SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, André Alencar dos. **Poder constituinte**: criação, reforma e mutação da Constituição à luz da doutrina e da jurisprudência. Brasília: Granlivros, 2010.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (org.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: Edufba, 2013.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?** 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o terceiro estado?** Trad. Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA JÚNIOR, José Ailton da. O mito da expansão do punitivismo como meio de controle criminal: breve reflexão sobre a relativização da presunção de inocência no STF. In: PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e política criminal: perspectivas**. Maceió: Edufal, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos. Restrições de direitos segundo o PIDESC e prisões no Brasil: o que o Poder Judiciário tem feito e o que tem deixado de fazer. In: LINS JUNIOR, George Sarmiento et al. (org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUSA, Virgínia Motta. A dignidade humana na jurisdição constitucional. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Brasília: IDP, 2013.

STEINER, Henry. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Curitiba: Juruá, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999.

VEGAS, Jaime Torres. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Coimbra: Tenacitas, 2004.

II. ARTIGOS:

ADEODATO, João Maurício. Direito positivo como espaço da tolerância. In: **Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET**, 2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/ibet-antigo/wp-content/uploads/2016/07/Jo%C3%A3o-Maur%C3%ADcio-Adeodato.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ADORNO, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. In: **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, n. 3, p. 7-40, 1991. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v3n1-2/0103-2070-ts-03-02-0007.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. In: **Revista USP**, mar.-mai. 1991, p. 65-78. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/revusp/article/viewFile/25549/27294>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o direito penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal.** Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. In: **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, ano III, n. 12, jan.-mar., 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, v. 53, ano 2000. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=794590>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. In: **Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: v. 1. n. 2, jul.-dez. 2009, p. 20-39. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3373/337327171003>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores: propostas para reflexão. In: ESTELLITA, Heloisa; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)**, ano 23, n. 112, jan.-fev. 2015. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907303/HC_nos_tribunais_superiores___propostas_para_reflexão.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BOTTINO, Thiago. Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores”. In: **FGV Direito Rio**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

CALDAS, Pedro Spinola Pereira. Teoria e prática da metodologia da pesquisa histórica: reflexões sobre uma experiência didática. In: **Revista de Teoria da História**, ano 1, n. 3, jun./2010, p. 8-19. UFGO. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/teoria/article/download/28628/16069>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CALLEGARI, André Luís. O princípio da intervenção mínima no direito penal. In: **Boletim IBCCrim**, nº 70, set. 1998. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2348-O-principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. O populismo penal e as tentativas de mitigação dos princípios relativos à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si no direito brasileiro. In: **Revista Athenas de Direito, Política e Filosofia**, vol. II, n. 1, jan.-jul. 2013. Disponível em:

<http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol1_2013_artigo3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. In: **Revista Consultor Jurídico**, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de; SENTO-SÉ, João Trajano. A polícia e o espelho da sociedade. In: **Revista Interseções**, v. 15, n. 2, p. 329-355, dez. 2013 – Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/download/9522/7375>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A mutação (in)constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal: *habeas corpus* n. 126.292/SP e as ações declaratórias de constitucionalidade números 43 e 44. In: **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, 2017, p. 67-91. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11047/6820>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexander de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesar Beccaria. In: **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos (UFSC)**, v. 29, n. 57, p. 261-284, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p261>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: **Revista Direito UNIFACS**, 2004. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc02.doc>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FENOLL, Jordi Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. In: **InDret - Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, jan. 2016. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1203_es.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. In: **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos (UFSC)**, v. 23, n. 44, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GOMES, João Pedro Laurentino; MELO, Shade Dandara Monteiro de. O poder midiático na esfera do direito penal: repercussões de uma sociedade punitiva. In: **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**. Natal, v. 01, n. 2, nov. 2013. Universidade Federal do Rio

Grande do Norte (UFRN). Disponível em:

<<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6577>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. A violência simbólica e a prisão contemporânea. In: **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 1, n. 2, dez. 2001. Disponível em:

<<http://www.redalyc.org/html/742/74210208>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GURGEL, Maria da Graça Marques. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. In: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP: um estudo empírico quantitativo**. 2016. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>. Acesso em: 20 abr. 2018.

HILLANI, Allan Mohamad. Entre a democracia e o estado de exceção: a ação política para além do voto. In: **Faculdade de Direito da UFPR**, 2012. Disponível em:

<<http://www.direito.ufpr.br/petdireito/pdfs/entre%20a%20democracia%20e%20o%20estado%20de%20excecao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, 10(1), p. 295-320, jan.-jun. 2014. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19_295-320_-_andreas_j._krell.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

LIMA, Thais dos Santos. **Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas**. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. Há limites materiais ao poder constituinte? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**, v. 25, 2001, p. 247-262. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1820/1516>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. In: **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 71, p. 177-196, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. 2015. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MENEZES, Vládir. A revolução francesa. In: **Revista do Instituto do Ceará**, ano CIII, 1989. Disponível em: <<http://www.institutodoceara.org.br/revista/Rev-apresentacao/RevPorAno/1989/1989-AREvolucaoFrancesa.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

NUNES, Jéssica Ferreira. O estado penal de exceção permanente por intermédio do decisionismo jurídico. In: LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; FALCÃO, Phillippe Melo Alcântara. **II Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes**. 2017. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/331>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. In: **Revista da AJURIS**, n. 75, p. 53-57, set. 1999.

PEREIRA, Vany Leston Pessione. A prisão em um ensaio (socio)lógico. In: **Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/10.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência**. 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 120, out.-dez. 1993, p. 159-186. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176171/000483308.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ROURE, Denise de. Panorama dos processos de reabilitação de presos. In: **Revista Jurídica Consulex**, Brasília/DF, ano II, v. I, n. 20, p. 15, ago. 1998.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX*. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 100, abr.-jun. 1998, p. 57-100. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27491.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. In: **Revista TST**, Brasília, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Pedro Serrano: 'Nunca atravessamos um momento tão aproximado do nazifascismo'. In: **Rede Brasil Atual**, Política, Estado de Exceção. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/07/pedro-serrano-nunca-atravessamos-um-momento-tao-aproximado-do-nazifascismo>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Fabiany de Cássia Tavares. Estudos comparados como método de pesquisa. In: **Revista Brasileira de Educação**, v. 21 n. 64 jan.-mar. 2016, p. 209-224. SciELO. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v21n64/1413-2478-rbedu-21-64-0209.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SOUZA, Angelita Matos. Estado de exceção. In: **Revista Espaço Acadêmico**, nº 112 – Setembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/10790>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: **Argumenta Journal Law – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. jan, 2008. p. 45-68. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/ee47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 35, abr.-jun. 2001.

III. DOCUMENTOS:

AMNESTY INTERNACIONAL. *Use of force: guidelines for implementation of the un basic principles on the use of force and firearms by law enforcement officials*. 2015. Disponível em: <https://www.amnesty.org.uk/files/use_of_force.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Defensoria divulga balanço parcial com aumento de 112% no número de recursos criminais aos tribunais superiores**. 2017. Disponível em: <<https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=35188>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Centro Universitário de Brasília. **Direito penal e constituição**: material didático do programa de mestrado e doutorado em direito. UniCEUB. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/208669/Verde.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>> Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reunião especial de jurisdição**. Brasília-DF, 2017. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público**: 2017. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresentação_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Estado de Alagoas. **Lei Complementar nº 45, de 26 de julho de 2017**: altera e acrescenta dispositivos da lei complementar estadual nº 29, de 1º de dezembro de 2011, em face da Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2017/07/poder_executivo_2017-07-27_completo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. 10. ed. São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional, jun. 2014. Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **DATASUS**. Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM). Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?idb2011/c09.def>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Código de processo civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Código de processo penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 591/1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Decreto Legislativo nº 678/1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**: dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**: dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009**: cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Documentos internacionais**: direitos humanos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 226/1991**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=226&tipo_norma=DLG&data=19911212&link=s>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em recurso especial nº 1.619.087-SC**. Relator designado: ministro Jorge Mussi, julgado em 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74938158&num_registro=201602089490&data=20170824&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 343.302/SP**. Relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 05 de abril de 2016. Órgão julgador: Quinta Turma. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59105786&num_registro=201503033625&data=20160413&tipo=51&formato=PDF>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 358.257/RS**. Relator: ministro Felix Fischer, julgado em: 16 de agosto de 2016. Órgão julgador: Quinta Turma. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63955646&num_registro=201601459324&data=20160823&tipo=91&formato=PDF>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro Schietti destaca vanguardismo do TJAL na reavaliação periódica de prisões provisórias**. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Ministro-Schietti-destaca-vanguardismo-do-TJAL-na-reavalia%C3%A7%C3%A3o-peri%C3%B3dica-de-pris%C3%B5es-provis%C3%B3rias>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 83.973/AL**. Relator: ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 14 de setembro de 2017. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC83973.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=444&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 44**. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência**. 2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 43.364/GO**. Relator: ministro Antonio Villas Boas, julgado em 9 de agosto de 1966. Órgão julgador: Segunda Turma.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59017>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 69.298/AC**. Relator: ministro Celso de Mello, julgado em 09 de junho de 1992. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394910>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 84.078/MG**. Relator: ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 126.292/SP**. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 152.752/PR**. Relator: ministro Edson Fachin, julgado em 04 de abril de 2018. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESUN%C7%C3O+DE+INOC%CANCIA%29&pagina=68&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n° 86.297/SP**. Relator: ministro Carlos Thompson Flores, julgado em 17 de novembro de 1976. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180343>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n° 108.975/PR**. Relator: ministro Oscar Corrêa, julgado em 27 de maio de 1986. Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200249>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n° 591.054/SC**. Relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 17 de dezembro de 2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n° 592.581/RS**. Relator: ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 839.163-QO/DF**. Relator: ministro Dias Toffoli, julgado em 10 fev. 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708630>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP**. Relator: ministro Teori Zavascki, julgado em: 10 de novembro de 2016. Órgão julgador: Plenário virtual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 21**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto vencido na ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Provimento nº 27, de 15 de agosto de 2017, da Corregedoria-Geral de Justiça**. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/17459d03788b1fc45442312dde42ecec.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação nº 731. Relator: ministro Raimundo Macedo, julgado em 18 de agosto de 1959, apud CAMARGO, Monica Ovisnki de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10201>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia de tutela T-025**. Bogotá. Relator: ministro Manuel José Cepeda Espinosa, julgado em 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 66/01 – Caso 11.992 – Dayra María Levoyer Jiménez versus Equador**. Organização dos Estados Americanos (OEA), 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftn32>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Países signatários**. Organização dos Estados Americanos (OEA), 2007. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5076.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CUNHA, Luciana Gross et al. **Relatório IPCL Brasil**. Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Direito SP, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2012. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro.** 2017. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ERRERIAS, Nancy Bersani. **O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense (UNIPAR). Umuarama, 2007. Disponível em: <<http://seshat.unipar.br/trabalho/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-garantias-constitucionais-e-o-conflito-de-liberdade>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz.** Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/47.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2018.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Justicia. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990.** Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/publico/TeseCompleta.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa.** 1974. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RAMALHO, Paula Afoncina Barros. **O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas (UFAL) – Maceió, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/776/1/Dissertacao_PaulaAfoncinaBarrosRamalho_2009.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

REPUBBLICA ITALIANA. *Senato della Repubblica. Costituzione della Repubblica Italiana:* 1947. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Felipe Rosa da. **Os fundamentos constitucionais do direito penal como limitação ao expansionismo punitivo: a discussão em torno da redução da maioria penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Maceió, 2016. Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufal.br/browse?type=type&value=Dissertação>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: homicídios por arma de fogo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso Brasil), 2016.

IV. VÍDEOS:

A 13ª emenda. Direção: Ava DuVernay. Produção: Netflix. Documentário, 100 min. Disponível em: <<https://www.netflix.com/watch/80091741>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Jornal da morte (Feat. Roberto Silva). In: DVD MTV apresenta: Casuarina. Produção: MTV. Youtube: online vídeo, 3 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=62BztyZwP8c>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

V. EXPOSIÇÃO ORAL

COSTA FILHO, Marcus Robson Nascimento. Operação Lava Jato, estado de exceção permanente e iminente implosão do estado democrático no Brasil. In: **Seminário “Lava Jato e seus impactos no âmbito do direito”**. Maceió: Centro Universitário CESMAC, 2017.