

JUDICIAL CREATIVITY, SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROBLEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS (EXTRA)JURÍDICOS DO HC 126.962 À LUZ DO FEDERALISTA

JUDICIAL CREATIVITY, SEPARATION OF POWERS AND THE PROBLEM OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: AN ANALYSIS OF THE (EXTRA)JUDICIAL EFFECTS OF THE HC 126.292 IN LIGHT OF THE FEDERALIST PAPERS

Eloisa Yang¹
João Pedro Viegas de Moraes Leme²

Submetido(*submitted*): 11 de setembro de 2016

Aceito(*accepted*): 18 de outubro de 2016

RESUMO

O presente artigo visa analisar os aspectos constitucionais e penais da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 126.292, que permitiu a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença ao delimitar um novo conteúdo essencial do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88). O estudo se vale de uma análise sistemática das normas infraconstitucionais pertinentes ao tema em relação ao conteúdo do princípio da presunção de inocência, definido tanto em lei quanto em tratados internacionais de direitos humanos, bem como uma análise mais aprofundada sobre teoria e prática da pena privativa de liberdade e dados sobre o sistema carcerário brasileiro, de forma a traçar perspectivas e futuros impactos da decisão sobre o encarceramento no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Limites de interpretação; Desafios da execução penal brasileira; Violação de direitos humanos.

ABSTRACT

This work intends to analyze the constitutional and criminal aspects of the precedent established by the Federal Supreme Court (STF) on the ruling HC 126.292, which allowed the expedition of arrest warrants before the matter becomes *res judicata* by determining a new essential core to the scope of protection of the presumption of innocence (*in dubio pro reo*) principle. The study utilizes a systematic analysis of the pertinent infra-constitutional laws in respect to the essence of the presumption of innocence, defined both by the Constitution and several international Human Rights treaties, as well as a more substantial analysis of the theory and practice of the terms of deprivation of liberty and empirical data from the Brazilian Prison System, in order to construct prospects and possible impacts of the decision on incarceration in Brazil.

KEYWORDS: Limits of judicial interpretation; Challenges to the Brazilian penal execution; Violation of human rights.

¹ Graduanda do 6º semestre de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

² Graduando do 6º semestre de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico).

INTRODUÇÃO

O primeiro bimestre de 2016 foi marcado por um dos mais polêmicos julgamentos da história recente do Supremo Tribunal Federal (STF): o HC 126.292. Largamente noticiado pela mídia brasileira³, a discussão dos autos trata, em breve síntese, da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) na Apelação Criminal nº 0009715-92.2010.8.26.0268 que, além de negar o *habeas corpus* apresentado em face da confirmação da sentença condenatória, determinou a expedição de mandato de prisão contra o acusado (a título de cumprimento de pena), ainda que houvesse a possibilidade de interposição de recurso (ou seja, sem que estivesse configurado o trânsito em julgado da sentença).

Pelo placar de 7 votos favoráveis e 4 contrários, o Plenário do STF decidiu por alterar o entendimento jurisprudencial até então vigente⁴, que impunha o trânsito em julgado da sentença condenatória como *conditio sine qua non* para a execução da pena – excepcionada apenas a prisão preventiva, que deveria ser fundamentada de acordo com os requisitos impostos pelo artigo 312⁵ do Código de Processo Penal –, tendo em vista resguardar o princípio da presunção de inocência (derivado do art. 5º, inciso LVII⁶ da Constituição Federal de 1988).

Ainda que o voto-condutor tenha afirmado que o teor da decisão não teria comprometido de forma alguma o princípio constitucional ali debatido, parte da comunidade jurídica não admitiu a novidade⁷, tendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressado imediatamente com ações no próprio Supremo visando a

³ A título de ilustração, inserimos aqui alguns exemplos de reportagens sobre o tema em discussão: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>, <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/02/maioria-do-stf-permite-prisao-logo-apos-condenacao-em-2-instancia.html>> e <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740474-maioria-do-stf-vota-a-favor-de-prisao-apos-decisao-de-segunda-instancia.shtml>>.

⁴ Entendimento firmado no julgamento do HC nº 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009. O acórdão pode ser acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.

⁵ 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.

⁶ 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: (...)

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

⁷ Destacamos as manifestações contrárias do Movimento de Defesa da Advocacia (MDA), do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto de Garantias Penais (IGP), da Associação Nacional de Defensores Públicos Federais (ANADEF), do Instituto de Advogados Brasileiros (IAB) e da Federação de Associações dos Advogados do Estado de São Paulo (FADESP).

desconsideração do novo posicionamento adotado pelo Tribunal⁸, que contaram com contribuições de importantes entidades, como a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ), a Defensoria Pública da União (DPU), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), dentre outros.

As questões que o presente trabalho busca responder são as seguintes: (i) o novo entendimento adotado pelo STF seria resultado de um exercício de *Judicial Creativity*⁹ ou de uma usurpação de competência do Poder Legislativo ao excluir/anular uma norma constitucional?, e (ii) seria o impacto da decisão no contexto social brasileiro adequado aos fins enunciados pelos ministros, isto é, as consequências de tal determinação seriam positivas tanto à sociedade quanto ao nosso ordenamento jurídico, levando em conta a realidade do sistema carcerário e da execução penal?

Para responder aos questionamentos propostos acima, optamos por segmentar este trabalho em duas frentes, quais sejam (i) os efeitos **abstratos** da decisão e (ii) os efeitos **concretos** em nosso contexto social.

O primeiro prisma de análise visa averiguar se (a) a decisão do STF é compatível e coerente com as demais disposições da ordem jurídica brasileira, além de (b) buscar entender quais seriam os limites institucionais e políticos que deverão ser observados pelos ministros em seu exercício de interpretação das normas jurídicas, estabelecendo paralelos, quando necessário, ao modelo de estrutura organizacional do Estado proposto por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay n'O Federalista – documento que serviu como principal meio de expressão para os criadores da

⁸ Confira em: <http://jota.uol.com.br/oab-tenta-derrubar-no-stf-execucao-de-pena-antes-transito-em-julgado>. A íntegra da petição inicial da ADC 44, interposta pelo CFOAB, pode ser obtida no endereço <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/05/ADC-Artigo-283-CPP-Lenio-Streck-Vers%C3%A3o-final-Assinado-Assinado.pdf>. Já a íntegra da petição inicial da ADC 43, interposta pelo PEN, encontra-se no seguinte endereço: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25554/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25554/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial).

⁹ Uma possível definição do termo seria a interpretação não usual (inovadora ou criativa) de uma norma jurídica positivada por um juiz em determinado caso. Tal conceito é amplamente reconhecido pela literatura acadêmica estrangeira, como pode ser visto em (i) DARCY, Shane; POWDERLY, Joseph. *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford Scholarship Online, [s.l.], 16 dez. 2010. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199591466.001.0001>, (ii) HARRISON, John. Robert Bork. *Judicial Creativity, and Judicial Subjectivity*. The University Of Chicago Law Review, Chicago, v. 205, n. 80, p. 205-217, out. 2013, Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Harrison_Online.pdf. (iii) Raimondo, Fabián, *General Principles of Law, Judicial Creativity, and the Development of International Criminal Law* (May 30, 2010). S. Darcy and J. Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, 2010, 45-59. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2594729>; etc.

Constituição Americana de 1787 e que figura até hoje como uma das principais influências no campo da ciência política.

De outro lado, a segunda parte deste trabalho busca determinar se (c) a função declarada da pena privativa de liberdade, isto é, o papel institucional desenhado pela doutrina penal em sua evolução histórica, condiz com a realidade do sistema carcerário brasileiro, além de (d) identificar possíveis consequências negativas trazidas pela decisão do HC 126.292 ao *status quo* da prisão no Brasil.

COMO DECIDIU O STF?

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki busca demonstrar que o cumprimento de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória sempre foi reconhecido pela jurisprudência brasileira pós-Constituição Federal de 1988, sendo tal entendimento substituído apenas em 2009, quando do julgamento do HC 84.078.

Ao estabelecer o “*núcleo essencial*” do princípio da presunção de inocência como seu único óbice, o Ministro passa a defender a compatibilidade da conduta ao comando constitucional. Para Zavascki, a seara penal depende principalmente do material fático-probatório, cuja análise é restrita às duas primeiras instâncias¹⁰. Como os recursos destinados aos tribunais superiores estão restritos à matéria de direito propriamente dita, o juízo de incriminação – no segundo grau – estaria fundado em provas e fatos insuscetíveis à revisão judicial ou reexame posterior, parecendo então ao Ministro “inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”¹¹.

A lógica é bastante simples: se o acusado foi condenado nas duas instâncias, ainda que não haja trânsito em julgado da sentença e que seja possível a interposição de recurso, existiria uma boa chance de que o réu seja de fato culpado, fazendo necessária, portanto, sua prisão.

Por fim, não haveria prejuízo ao princípio da ampla defesa por conta de uma possível decisão equivocada, uma vez que ainda seriam concedidos ao acusado mecanismos processuais

¹⁰ Nesse sentido, vide a Súmula nº 7/STJ e Súmula nº 279/STF, *in verbis*:
Súmula nº 7/STJ – A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial;
Súmula nº 279/STF – Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 126.292/SP, p. 10.

para evitar eventuais abusos de direito ou restrições ilegais aos seus direitos fundamentais, como o próprio *habeas corpus*.

Os ministros Edson Fachin e Roberto Barroso acrescentaram o argumento de que a norma jurídica que prevê a presunção de inocência não pode, nem deve ser absoluta, dada sua caracterização como princípio¹². Num juízo de proporcionalidade¹³, dado o interesse constitucional na efetividade da lei penal (art. 5º, LXXVIII¹⁴ e art. 144¹⁵ da CF/88) e a já mencionada grande probabilidade do réu ser de fato culpado (tendo em vista o acórdão fundamentado nas evidências fático-probatórias), o sopesamento deveria tender, portanto, à mitigação da presunção de inocência.

EFEITOS ABSTRATOS DA DECISÃO

Núcleo essencial, sopesamento e sistemática constitucional: críticas à *ratio decidendi*

Como que se define o núcleo essencial de um princípio? Qual é a efetividade mínima que deve ser respeitada de forma a preservar as garantias individuais no caso concreto? Estas são questões complexas e não podem ser respondidas de forma abstrata. Por não se tratar de uma regra de aplicação dicotômica¹⁶, e sim de um mandamento de otimização¹⁷ – ou seja, podendo ser satisfeito em graus variados –, o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade¹⁸) deve ser analisado e ponderado sempre em vista do caso concreto, de forma que sua proteção seja compatível à efetividade dos demais princípios em jogo.

Em que pese nosso respeito pelos argumentos trazidos à tona pelos Ministros, entendemos que a decisão do HC 126.292 comprometeu de forma desmedida a presunção de não

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 90-91. Optamos por adotar tal construção do conceito de “princípios” e “regras” por considerá-la axiologicamente neutra, não se restringindo a quaisquer disposições fundamentais ou constituição específicas.

¹³ *Ibidem*, p. 116 e ss.

¹⁴ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁵ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 368 p.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁸ Cumpre esclarecer que adotamos aqui o posicionamento defendido pelo Prof. Gustavo Badaró, que enxerga as duas nomenclaturas como intercambiáveis, isto é, não possuem distinção material suficiente para que sejam entendidas como princípios autônomos. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57 e ss.

culpabilidade do acusado e acabou por ferir a separação de poderes, usurpando competência legislativa.

No Brasil, a doutrina penal majoritária concebe a teoria do crime sob uma lógica tripartite: a conduta deve ser *típica, antijurídica e culpável*¹⁹. A culpabilidade só é concretizada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, como expressamente disposto no artigo 5º, inciso LVII da CF/88. Além disso, o artigo 283²⁰ do CPP impede a prisão de um indivíduo salvo em três condições, quais sejam (i) situação de flagrante delito, (ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado e (iii) por prisão temporária ou preventiva no curso do processo ou investigação.

Não por outro motivo a Lei de Execução Penal (LEP), em seus artigos 105²¹ e 147²² impõe a irrecorribilidade da sentença como condição de legitimidade para as penas privativas de liberdade e mesmo as restritivas de direito.

A interpretação sistemática dos dispositivos mencionados acima impõe o seguinte silogismo: (i) se uma pessoa só é considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença condenatória e (ii) a prisão a título de cumprimento de pena só é possível por meio de ordem fundamentada de autoridade judiciária em face de sentença condenatória transitada em julgado, é preciso concluir que (iii) a culpabilidade é imprescindível para a prisão de determinado indivíduo, que, por sua vez, está inserida no rol de proteção do princípio da presunção de inocência.

Adotando a conclusão acima como prisma de análise da decisão do STF no HC 126.292, percebe-se que há incongruências na argumentação vencedora na Corte, haja vista que a interpretação do dispositivo constitucional (art. 5º, LVII) torna-o absolutamente incompatível com as normas infraconstitucionais, especialmente em relação ao artigo 283 do CPP que, como demonstra a exposição de motivos do projeto de lei que o incluiu no ordenamento jurídico em

¹⁹ Adotam essa perspectiva Luis Regis Prado, Cezar Bitencourt, Rogério Greco, Edgard Magalhães Noronha, Juarez Tavares, Nelson Hungria, Guilherme Nucci, dentre outros.

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.

2011, foi criado especificamente para harmonizar e reafirmar o princípio da presunção de inocência²³.

Como não foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos anteriormente mencionados, depreende-se que sua aplicação ainda é plenamente possível pelos magistrados brasileiros. Ocorre que, devido à construção do STF no caso em tela, tais dispositivos estariam em frontal desacordo com o conteúdo do princípio constitucional no qual se espelharam. Em um possível exercício de *reductio ad absurdum*, para evitar a afronta à reserva de Plenário (art. 97²⁴, CF/88) e do disposto na Súmula Vinculante nº 10²⁵ em decorrência da aplicação do precedente criado pelo julgamento do HC 126.292, os dispositivos mencionados deverão ser declarados inconstitucionais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que, por sua vez, seria equivalente a declarar inconstitucional um princípio constitucionalmente consagrado²⁶.

Entretanto, muito embora a argumentação empregada no voto-condutor possa ser amplamente questionada sob o ponto de vista normativo, consideramos que também é necessária uma análise sobre a compatibilidade do novo entendimento adotado pelo STF frente ao seu papel institucional declarado, isto é, se no exercício de sua função jurisdicional, o Tribunal respeitou os limites de ação impostos pela Constituição – os *checks and balances* que garantem a separação dos Poderes.

²³ “O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema [...] Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são [...] impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”.

²⁴ 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.

²⁵ SV 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.

²⁶ Apesar de ser considerada uma situação possível no âmbito da doutrina constitucional comparada, vale lembrar que tal entendimento não foi adotado pela maioria esmagadora da doutrina brasileira, além de não encontrar respaldo tanto na legislação quanto na jurisprudência pátria, não sendo possível, assim, sua ocorrência no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Cf. BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

Judicial Creativity e o limite à interpretação jurisprudencial: separação de poderes e mecanismo de checks and balances na construção dos Federalistas²⁷

Os Artigos Federalistas, como dito anteriormente, são os documentos mais importantes da história da ciência política. Não seria impossível imaginar que a aprovação da Constituição Americana de 1787 se deu, em grande parte, pela defesa de suas instituições inovadoras a partir dos trabalhos de “Publius” (pseudônimo adotado pelos 3 autores que compuseram os textos: Hamilton, Madison e Jay).

No artigo 51²⁸, Publius procura defender a ideia de que a separação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) não seria praticável em sua literalidade. Argumenta que, muito embora a ideia de Montesquieu seja, inegavelmente, desvincular as principais formas de exercício de poder de uma única autoridade, seria impossível conceber um sistema funcional que promovesse, de forma absoluta, a separação de todas as suas funções.

Nesse sentido, reconhecendo uma saudável e controlada ingerência de cada Poder sobre as funções dos outros, de forma que possa garantir sua liberdade tanto política quanto funcional, foi concebido o sistema de *checks and balances*, que melhor delineava os limites tais limites e seus principais objetivos.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, os magistrados foram incumbidos da árdua tarefa de interpretar as leis e resguardar sua harmonia com o quanto disposto na Constituição – inclusive, como concretizado após o famoso caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137 – 1803), decretar a inconstitucionalidade de ato administrativo ou legislativo, no caso da Suprema Corte. Nas palavras de Publius:

The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body.²⁹

Entretanto, ainda que tenha sido delegada ao Judiciário a tarefa de interpretar as leis, tal exercício possui um claro limite: o sentido dado ao comando normativo em decorrência da

²⁷ Seguindo a tendência de autores como Sotirios A. Barber em seu artigo “Judicial Review and ‘The Federalist’”, as referências ao Federalista serão feitas em nome do pseudônimo “Publius”, adotado por Hamilton, Madison e Jay, ao invés de individualizar cada opinião ou visão.

²⁸ PUBLIUS, *The Federalist* n° 78, Barnes & Noble Classics, New York, 2006, p. 287-292.

²⁹ *Ibidem*, p. 430.

interpretação não pode ser um mero exercício de vontade do magistrado³⁰, uma vez que, caso assim o fosse, estaríamos diante de uma situação que cria uma nova norma, incorrendo, inevitavelmente, na usurpação de competência legislativa.

No caso do HC 126.292, como já discutido, pensamos estar diante da exata situação que se procura evitar a partir do mecanismo dos pesos e contrapesos. Ao delimitar o princípio da não culpabilidade da forma que o fez, não estava o STF exercendo seu papel de interpretação, de *criatividade* (i.e., não se estava fazendo uma interpretação, ainda que pouco usual, da norma jurídica em debate), mas sim de *ativismo judicial*, usurpando competência legislativa ao criar um sentido, uma norma que não se depreende do texto constitucional, muito menos das normas infraconstitucionais diretamente relacionadas³¹.

Outro ponto que entendemos ser questionável na decisão ora discutida é a falta de diálogo entre o voto-condutor e o precedente anteriormente firmado pelo Tribunal. No artigo 78, Publius destaca que a vinculação da Corte aos seus precedentes é de extrema importância para o controle de possíveis arbitrariedades dos magistrados³². Apesar de ter citado alguns julgados anteriores ao HC 84.078, não houve um debate mais fundamentado que combatesse a *ratio decidendi* empregada pelo precedente e estabelecesse justificativas plausíveis para a repentina mudança de entendimento da Corte.

Dada a ausência de um exercício dialógico mais aprofundado com o julgado anterior, entendemos razoável supor que a nova decisão do Supremo Tribunal Federal não conseguirá se firmar como um precedente forte ou de referência no assunto³³. Neste sentido, nos reportamos à dicotomia apresentada por Gerald N. Rosenberg em seu livro *The Hollow Hope: Can Courts*

³⁰ “The courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise WILL instead of JUDGEMENT, the consequence would equally be the substitution of their pleasure to that of the legislative body. The observation, if it proved anything, would prove that there ought to be no judges distinct from that body”. Ibidem, p. 432.

³¹ Nesse sentido, pensamos ser oportuno indicar o voto do Ministro Dias Toffoli quando do julgamento da ADI nº 4.451: “Tenho muito receio da principiolatria, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga legislatria. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a legisprudência, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal”.

³² Ibidem, p. 434.

³³ Sobre a importância dos precedentes, Cf. VOJVODIC, Adriana de Moraes, MACHADO, Ana Mara França, CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF**. Revista Direito GV, São Paulo. p. 21-44. jan-jun 2009.

Bring About Social Change?, que analisa as formas pelas quais a Corte Constitucional pode influenciar a sociedade a partir de sua decisão, quais sejam: (i) a maneira estritamente judicial ou (ii) a maneira extrajudicial.

Enquanto a primeira parte do pressuposto que a mudança social se dará em face da autoridade e do poder da Corte responsável pela decisão, a segunda entende que a decisão da Corte pode influenciar as pessoas a adotarem tal ponto de vista ou ao menos refletir sobre o tema em discussão, colocando-o em pauta pública e afetando, assim, o “clima intelectual” da sociedade, isto é, o tipo de ideias sendo discutidas pelos indivíduos de uma sociedade. Entendemos que, mais do que um precedente persuasivo, esperávamos que o precedente firmado pelo STF no julgamento do HC 126.292 tivesse seus efeitos principais na esfera extrajudicial, servindo como uma decisão simbólica na lógica do Estado Democrático de Direito. Entretanto, como será demonstrado a seguir, além das consequências negativas para a coesão e organicidade de nosso ordenamento jurídico, o novo posicionamento do STF pode comprometer, de forma séria e inescusável, a proteção e garantia dos direitos humanos no Brasil.

EFEITOS CONCRETOS DA DECISÃO

Os efeitos da pena de prisão: construção teórica da dogmática penal

Para além das consequências abstratas da alteração de posicionamento do STF no âmbito do Direito – como a incoerência interna do conteúdo do princípio da presunção de inocência frente aos demais dispositivos do ordenamento jurídico interno e dos tratados internacionais de direitos humanos (que serão abordados com maior profundidade mais adiante) –, cabe ainda questionar: qual a relevância prática da decisão em questão? Quais serão seus efeitos concretos? Não é possível falar em um novo entendimento sobre trânsito em julgado das sentenças criminais sem levar em conta a realidade do sistema carcerário e de como o processo e a execução penal vêm se dando na prática; a pena privativa de liberdade e o Direito Penal, enquanto *ultima ratio*, devem ser utilizados com a máxima cautela. Com esta análise, buscamos traçar um panorama de quais serão os efeitos concretos da decisão do STF.

No campo da teoria, a pena privativa de liberdade se justifica pela sua necessidade; parte considerável da doutrina a vê como um mal necessário, sem o qual a convivência em sociedade não seria possível. Este entendimento evoluiu consideravelmente desde os primórdios das teorias

sobre a função da pena, de maneira simultânea à evolução das próprias concepções de Estado e culpabilidade, como sinaliza Bitencourt:

(...) a uma concepção de Estado corresponde, da mesma forma, uma de pena e a esta uma de culpabilidade. (...) Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal – o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena.³⁴

Fato é que o interesse estatal em proteger determinados bens jurídicos é uma constante ao longo do percurso histórico do Direito Penal. A concepção de pena, no entanto, passou por uma série de disrupções neste trajeto. Evoluiu, pois, das suas raízes retributivas, segundo as quais a pena era fundamentada como uma exigência moralista por justiça, uma maneira de compensar os males causados pelo autor. No entanto, isto vai além do escopo do Direito Penal, que é garantir a convivência social – este é um objetivo muito mais racional do que qualquer derivação do “olho por olho, dente por dente”. Com base nisto, surgem as teorias preventivas, com suas orientações gerais, especiais ou mistas; estas entendiam a pena como um instrumento de prevenção de delitos, inibindo a sua prática – seja por meio da coação psicológica da ameaça da pena, seja pela ressocialização do sujeito delincente por meio da violência estatal.

Tais teorias resultaram no paradigma atual da prevenção geral positiva. Esta concepção é fruto de pesquisas que resultaram da insatisfação com os paradigmas que a antecederam, podendo ser dividida em seus aspectos (i) fundamentador e (ii) limitador. Segundo a primeira, representada por autores como Hanz Welzel e James B. Jacobs, a pena garante não só a proteção de bens jurídicos, mas também a vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A prevenção geral positiva limitadora defende, por sua vez, uma limitação do poder punitivo do Estado, de forma a garantir os direitos individuais do cidadão; o Direito Penal serve para evitar condutas socialmente indesejáveis, e estas podem partir tanto do indivíduo como do Estado. Assim, enquanto a pena serve, sim, para a prevenção especial no seu aspecto de ressocialização daquele que praticou o delito; mas, mais importante, serve de baliza para evitar abusos e violações de direitos fundamentais por parte daquele que detém o monopólio da violência.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

No entanto, embora a teoria da prevenção geral positiva condiga com a ideia de Estado Democrático de Direito, é impossível analisá-la sem levar em conta a prática da execução penal. Não basta formular dogmas, interpretações e teorias no campo do *dever ser* se estes forem alheios à realidade concreta, especialmente se tratando de um instrumento consagrado como *ultima ratio*.

Neste sentido, a realidade do sistema carcerário e da pena de prisão nos mostra que o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade não só não é alcançado, como acaba por gerar o seu revés. O cárcere, por ser um meio antinatural, mecânico, nos moldes de uma instituição total (na caracterização de Goffman³⁵), dificilmente reabilita o recluso para a vida em sociedade e, para além da própria natureza da prisão no plano teórico, as condições reais, materiais e humanas nas quais se dão a execução penal acabam por agravar os efeitos negativos do cárcere. Nas palavras de Antonio Garcia-Pablos de Molina:

a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em uma prisão, mas tão somente se lá esteve.³⁶

Por óbvio, são vários os fatores que fazem com que o adiantamento da prisão para antes do trânsito em julgado seja negativa, e não pretendemos esgotá-los neste artigo. Cabe, no entanto, fazer um exercício de comparação entre a realidade do sistema carcerário brasileiro e o cenário esperado a partir da construção da teoria da prevenção geral positiva adotada pelos nossos legisladores penais, onde buscaremos demonstrar a patente insuficiência dos mecanismos institucionais criados para controlar, evitar e corrigir os problemas já endêmicos de tal realidade. Por fim, traçaremos possíveis consequências fáticas geradas pelo novo posicionamento do STF, amparando nossos prognósticos nos dados empíricos e pesquisas mais recentes a respeito do sistema de justiça criminal brasileiro.

³⁵ Diversos autores definem as instituições totais como aquelas em que todos os aspectos e atividades do cotidiano desenvolvem-se (i) no mesmo local; (ii) na companhia imediata de outras pessoas; (iii) de maneira estritamente programada; (iv) integradas em um único plano racional.

³⁶ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos y. **Régimen abierto y ejecución penal**. Revista de Estudios Penitenciarios, Madri, 1988.

Realidade da pena privativa de liberdade

Em primeiro lugar, a prisão é um meio criminógeno, que estimula a prática de condutas socialmente indesejadas, ao invés de preveni-las. Isso se dá seja porque sua estrutura e suas circunstâncias favorecem a produção de danos nas condições físico-psíquicas dos presos, seja por criar no detento o hábito e a aprendizagem de condutas tidas como ilegais por meio do contato com facções criminosas. Isso resulta em elevados índices de reincidência, que comprovam a pouca eficácia do sistema carcerário para a ressocialização dos detentos – importante destacar que as estatísticas sobre o assunto variam de acordo com o critério adotado e o conceito de reincidência estudado, no entanto, os índices são sempre elevados, com as menores estimativas girando em torno de 30%, e as maiores, em torno de 70%³⁷.

Outros fatores relevantes são os danos sociológicos e psicológicos gerados por períodos prolongados em instituições carcerárias. Como dito anteriormente, a prisão é caracterizada como instituição total, que absorve todos os aspectos da vida do preso. Isto faz com que o interno se transforme em um ser passivo, cujas necessidades dependem inteiramente da instituição³⁸. A prisão gera, também, uma verdadeira mutilação do ego do preso, despersonalizando o mesmo, violando sua intimidade e gerando um processo de desculturação e aculturação³⁹, que culmina na perda da capacidade de habituar o detento a realizar condutas socialmente desejadas. Há que se citar, também, os problemas psíquicos e desequilíbrios ocasionados tanto pelo isolamento quanto pelo simples ingresso do indivíduo em um estabelecimento penal, e que invariavelmente prejudicam a ressocialização do detento – quando não acabam por anular a mesma.

Na realidade carcerária brasileira – que, cabe dizer, segue o padrão mundial –, encontramos diversos fatores que acabam por potencializar os danos que já são intrínsecos à pena privativa de liberdade. O Brasil possui, em números absolutos, a 4ª maior população carcerária mundial com 567.655 pessoas presas em 2014⁴⁰; em números relativos, o país possui a taxa de 306 pessoas presas por 100 mil habitantes, a 6ª maior do mundo, mais do que o dobro da média mundial de

³⁷ Cf. <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>>. Último acesso em: 10/09/2016.

³⁸ Ver nota 33.

³⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro. Revam, 2011, p. 183-187. (Coleção Pensamento Criminológico).

⁴⁰ Cf. <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Último acesso em: 09/09/2016.

144. No estado de São Paulo, que possui a maior população carcerária do país (221.636 detentos), uma pessoa é presa a cada 5 minutos, segundo estatísticas de janeiro a julho de 2015⁴¹.

Embora exista um contínuo crescimento do número de vagas no sistema carcerário, este não é de longe suficiente para acompanhar a velocidade de crescimento da população prisional, que teve um aumento de 167,32% ao longo dos últimos 14 anos⁴², muito acima do crescimento populacional. Há, atualmente, um déficit de 250.318 vagas no sistema carcerário⁴³, o que gera casos como o dos presídios de lata, no Espírito Santo, nos quais os detentos eram colocados em contêineres por conta da falta de vagas; ou o do presídio Urso Branco, em Rondônia, no qual ocorriam diversas violações graves aos direitos humanos, que culminaram na morte de 27 detentos por conta da superlotação do estabelecimento; ou ainda o presídio de Pedrinhas, no Maranhão, aonde casos de canibalismo e tortura por conflitos entre facções foram reportados recentemente. Cabe lembrar aqui que, apesar dos casos citados serem emblemáticos, as violações aos direitos humanos são constantes no sistema carcerário brasileiro inteiro.

Soma-se a isso o fato de 40,1% dos presos no Brasil serem provisórios⁴⁴, e que, segundo dados de 2008-2012, 27,86% das decisões de segunda instância são revertidas no STJ⁴⁵; quando se tratam de recursos da Defensoria Pública de São Paulo, com dados de fevereiro a abril de 2015, cerca de 64% das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo são revertidas nos Tribunais Superiores, o que significa que este será o percentual de presos cumprindo pena injustamente com base no precedente aberto pelo STF⁴⁶.

Diante destes dados, torna-se evidente que a decisão do STF não é coerente com preceitos constitucionais de presunção de inocência⁴⁷ e nem com garantias básicas de direitos humanos, uma vez que tende a aumentar a população carcerária de maneira vertiginosa, piorando o problema já citado das superlotações e violações de direitos básicos. Como dito anteriormente, o

⁴¹ Cf. <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,a-cada-5-minutos--uma-pessoa-e-presa-em-sp,1787123>>. Último acesso em: 09/09/2016.

⁴² Cf. <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Último acesso em: 09/09/2016.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Cf. <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_55_Thiago_web-5.pdf>. Último acesso em: 09/09/2016.

⁴⁶ Cf. <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaConsulta.aspx?idItem=66452>>. Último acesso em: 09/09/2016.

⁴⁷ Artigo 5º, LVII CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; Pacto San Jose da Costa Rica, artigo 8º, § 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (...)”; Pacto de Direitos Civis e Políticos, art. 14, § 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, concepção que se torna incoerente com a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

Assim, tendo em vista as atuais perspectivas da justiça criminal, com suas elevadas taxas de reversão nos Tribunais Superiores, a realidade da superlotação e da dificuldade de prover garantias básicas constitucionais aos detentos, pode-se concluir que a decisão do STF representa um enorme retrocesso para os direitos humanos. As perspectivas dos resultados práticos deste precedente são, entre outros, o aumento do processo de encarceramento em massa já em curso no país e o aprofundamento das violações citadas, sem que haja, contudo, a redução do índice de criminalidade que serviu de fundamento para tal mudança de posicionamento.

CONCLUSÃO

Desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, uma série de reformas foram introduzidas ao Judiciário brasileiro, com especial ênfase na criação de uma cultura de força e deferência dos magistrados à jurisprudência dos Tribunais Superiores, aproximando nosso sistema jurídico ao *Common Law* a partir da introdução de mecanismos como a Repercussão Geral e as Súmulas Vinculantes (no caso do STF), além dos Recursos Repetitivos (no caso do STJ). Tal tendência ganhou posição de destaque no Novo Código de Processo Civil, que, para além do que já havia sido introduzido quando da alteração constitucional, reforçou a observância das instâncias inferiores às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, sendo razão, inclusive, para o (im)provimento, em sede liminar, da peça inicial⁴⁸.

Assim, neste cenário de progressiva valorização dos precedentes judiciais, torna-se imperativo um maior cuidado na elaboração e julgamento dos mesmos, buscando, dessa forma, evitar externalidades negativas que possam ter seus efeitos estendidos a escalas nacionais.

Contudo, o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao núcleo essencial do princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 é, ao nosso ver, completamente injustificável, sob qualquer ponto de vista (seja institucional, normativo, dogmático ou factual/estatístico) num cenário de respeito, promoção e concretização dos direitos humanos e do ideário do Estado Democrático de Direito.

Ainda que o efeito desejado, em um primeiro momento, possa ser justificado sob o véu de uma suposta maior celeridade processual – *i.e.*, privilegiando os princípios da economia

⁴⁸ Ver Arts. 311, II, 332, 489, 496, § 4º, I, dentre outros do NCPC/15.

processual e a duração razoável do processo –, a consequência mais importante de tais medidas deveria ser a otimização da segurança jurídica, ponto essencial para a organização de qualquer democracia.

Como demonstramos ao longo deste presente artigo, por mais que a Corte Constitucional tenha procurado uma suposta compatibilidade entre os efeitos concretos de sua decisão e os efeitos gerados no ordenamento jurídico a partir de um suposto exercício de *judicial creativity* e de seu papel institucional imposto pela Constituição, a inobservância da sistemática (infra)constitucional, do direito supranacional e da complicada realidade fática enfrentada por um segmento já excessivamente marginalizado da população brasileira, tal mudança de entendimento acabou por (i) criar um sentido não planejado e nem corroborado pelo conteúdo normativo definido pelos legisladores, (ii) gerar uma inconsistência entre o conteúdo essencial do princípio em discussão, as normas infralegais que se reportam ao mesmo (no âmbito da execução penal, em especial) e aos tratados de direitos humanos já aprovados e ratificados pelo Brasil e, por fim, (iii) desencadear uma mudança na aplicação das leis penais de tal forma a piorar a já péssima condição de garantia dos direitos humanos da população carcerária brasileira, além de prejudicar a já nefasta realidade de superlotação nos presídios nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014. 92 p.
Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1200 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011. 256 p. (Coleção Pensamento Criminológico).

BARBER, Sotirios A. **Judicial Review and "The Federalist"**. The University of Chicago Law Review, Vol. 55, No. 3 (Summer, 1988), pp. 836-887.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145-164. (Teoria & Direito Público).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 379 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Coletânea temática de jurisprudência: Direito Penal e Processual Penal** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 2. ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 368 p.

FREIRE, Christiane Russomano. **A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro: O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: Ibccrim, 2005. 169 p.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **The Federalist**. 2. ed. New York: Barnes & Noble Classics, 2006. 510 p.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal**. São Paulo: Ibccrim, 2010. 282 p.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos y. **Régimen abierto y ejecución penal**. Revista de Estudios Penitenciarios, Madri, 1988.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press Of Harvard University Press, 1971. 607 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 279 p. (Teoria & Direito Público).

STONE, Martin. **Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é**. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **Direito e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Cap. 2. p. 47-143. (Justiça e Direito).

TEBET, Diogo. **Súmula Vinculante em Matéria Criminal**. São Paulo: Ibccrim, 2010. 238 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou Entre Beethoven e Bernstein**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 217-254. (Teoria & Direito Público).

WANG, Daniel Wei Liang et al (Org.). **Constituição e política na democracia: Aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. 272 p.