

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA

O STF E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: um olhar à luz da gestão da qualidade e do conhecimento e do princípio da eficiência no serviço público

HERBERT DA SILVA REZENDE

JI-PARANÁ-RO
2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

O STF E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: um olhar à luz da gestão da qualidade e do conhecimento e do princípio da eficiência no serviço público

Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialização *lato-sensu* em Direito para a Carreira da Magistratura.

Orientadora: Esp. Ligiane Zigiotto Bender

JI-PARANÁ-RO
2018

CIP Brasil Catalogação na Fonte
Biblioteca Central CEULJI/ULBRA
Bibliotecário Responsável Alex Almeida CRB 11.853

R467s Rezende, Herbert da Silva

O STF e a execução antecipada da pena: um olhar à luz da gestão da qualidade e do conhecimento e do princípio da eficiência no serviço público / Herbert da Silva Rezende. Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná, 2018.

95 p.

Orientador: Prof. Ligiane Zigootto Bender

Especialização (Direito para a Carreira da Magistratura) Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

1. Opinião Pública. 2. Presunção de inocência. 3. Sistema Penitenciário. 4. Eficiência e Prestação de Serviços Públicos.

I. Bender, Ligiane Zigootto. II. Título

CDU 342.7

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

HERBERT DA SILVA REZENDE

O STF E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: Um olhar à luz da gestão da qualidade e do conhecimento e do princípio da eficiência no serviço público

Natureza: Monografia para conclusão de curso

Objetivo: Obtenção do grau de Especialização *lato-sensu* em Direito para a Carreira da Magistratura

Banca Examinadora

Esp. Ligiane Zigotto Bender
Presidente da Banca

Me. Oscar Francisco Alves Junior
Membro

Ma. Cláudia Marina Moretto Alves
Membro

Dedico este trabalho aos jovens e aos amantes do Direito, especialmente ao meu filho Herbert Yuri Figueiredo Rezende, por acreditar que o conhecimento liberta, enobrece e transforma o ser humano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família. As ausências foram justificadas e eles(as) souberam compreender e me apoiar.

Aos outros(as) seis colegas da Pós-Graduação lato-sensu em Direito para a Carreira da Magistratura da nossa turma: Amanda, Emília, Íria, Uélida, Greison e Paulo Eduardo, especialmente pelo convívio e a paciência durante o curso.

Aos(as) professores(as) e à equipe pedagógica e administrativa da Emeron, Núcleo de Ji-Paraná-RO, pelos ensinamentos e a louvável cooperação.

À Diretoria da Emeron por ter deferido o meu pedido de inscrição e de isenção para cursar essa Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura, por ter sido concomitante com a Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial.

A minha ilustre orientadora, professora Ligiane Zigootto Bender, por ter aceito o convite e generosamente se colocado à disposição.

Enfim, diante da sua eternidade e benevolência, agradeço ao Universo, que na minha concepção é a plenitude do poder ao qual chamamos de Deus.

“Se consegui ver mais longe é porque me apoiei nos ombros de gigantes”. (Bernard de Sartres e Isaac Newton)

RESUMO

Após os julgamentos do HC 126.292-SP e da Medida Cautelar nas ADC's 43 e 44, esperava-se que a questão de mérito sobre a constitucionalidade dessa espécie de execução fosse decidida pelo STF quando do julgamento de mérito daquelas ADC's (art. 283 do CPP) ou mesmo no HC 152.752-SP, após o Min. Fachin tê-lo afetado ao Plenário. Estranhamente isso não ocorreu. Retirou-se da pauta de julgamento as ADC's 43 e 44 logo após o STF decidir negar provimento ao HC 152.752-SP (Caso Lula) e permitir que se continue dando início à execução da pena antes de certificado o trânsito em julgado da sentença. A maioria venceu, inclusive com o voto da Min. Rosa Weber, que 10 (dez) dias antes havia votado em sentido contrário à execução antecipada da pena no REsp. Eleitoral 12486-27.2009.6.20.0000-RN. Contou ainda com o voto de Minerva da Min. Cármem Lúcia, Presidente do STF. A ferida continuou aberta e o princípio constitucional da presunção de inocência a sangrar. O STF – a maioria - quer promover uma viragem na página da sua jurisprudência que, desde 2009, *veda essa espécie de execução antecipada da pena*. A fórceps, opera uma *mutação constitucional contra a letra expressa da Constituição*. Logo, contando com dados do FUNPEN e sob a luz do princípio da eficiência, focado na Gestão da Qualidade e do Conhecimento no serviço público, demonstramos a ausência de consistência lógica nos discursos jurídicos sobre esse tipo de execução da pena, além de ela ser um paradoxo com o que foi decidido pelo próprio STF na ADPF 347, onde o Min. Luís R. Barroso – agora votando com a maioria - afirmou existir um Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário brasileiro. Por isso fizemos uma analogia dessa decisão com o conto “O Espelho”, de Machado de Assis, a fim de demonstrar que os argumentos políticos, a vaidade e as emoções não devem nunca suplantarem os argumentos jurídicos (Dworkin). A “opinião pública” não deve nunca pautar o Direito.

Palavras-Chave: Execução antecipada da pena. Opinião pública. Trânsito em julgado da sentença. Presunção de inocência. Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário. Princípio da eficiência. Argumentos políticos. O Espelho.

ABSTRACT

After the trials of HC 126,292-SP and injunctive relief in the ADC's 43 and 44, it was hoped that the question of merit on the unconstitutionality of this kind of execution was decided by the Supreme Court when the trial on the merits of those ADCs (art. 283 of the CPP) or HC 152,752-SP, after min. Fachin have it affected to the plenary. Strangely it did not occur. Withdrew from the trial the ADC's 43 and 44 shortly after the Supreme Court decides to dismiss the HC 152,752-SP (If Squid) and allow you to continue kicking off the execution of the sentence before the transit certificate final sentence. The majority won, including the vote of min. Rosa Weber, that 10 (ten) days before had voted in the opposite direction to the execution of the sentence in the resp. 12486 Electoral-27.2009.6.20.0000-RN. Also the casting vote of min. Carmen Lúcia, President of the Supreme Court. The wound continued to open and the constitutional principle of the presumption of innocence bleeding. The Supreme Court-the majority-want to promote a turning point in your page case-law that, since 2009, prohibits this kind of early implementation of the penalty. The forceps, operates a constitutional mutation against the express letter of the Constitution. Soon, relying on data from FUNPEN and in the light of the principle of efficiency, focused on Quality and knowledge management in the public service, have demonstrated the lack of consistency in legal logic on this type of execution of the sentence, in addition to her being a paradox with what was decided by the SUPREME COURT in ADPF 347, where the min. Louis r. Barroso-now voting with the majority said there is an Unconstitutional State of affairs in the Brazilian Penitentiary System. So we made an analogy of this decision with the short story "the mirror" by Machado de Assis, in order to demonstrate that the political arguments, vanity and emotions should never outweigh the legal arguments (Dworkin). The "public opinion" must never be guided the right.

Keywords: Early execution of the sentence. Public opinion. Transit final sentence. Presumption of innocence. Unconstitutional State of affairs in the prison system. Principle of efficiency. Political arguments. The Mirror.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
1.1. Evolução do princípio da presunção de inocência no Brasil.....	15
1.2. Viragens na jurisprudência quanto a interpretação e aplicação do princípio pelo STF.....	23
2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: Aspectos gerais dos discursos da maioria.....	33
3. UMA LUPA NO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO HABEAS CORPUS N. 152.752-SP.....	45
3.1. Fatos e fotos.....	47
3.2. O “caso do jornalista”.....	48
3.3. O “caso do senador”.....	49
3.4. O “caso do jogador de futebol”.....	51
3.5. O “caso do suplente de deputado federal”.....	52
3.6. O “caso da missionária Dorothy Stang”.....	54
3.7. O “caso do propinoduto”.....	55
3.8. O “caso do primeiro beneficiário da mudança da jurisprudência em 2009”.....	57
3.9. Análise final.....	58
4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: A origem e o significado dessa declaração	62
4.1. Qual a finalidade da criação do Fundo Penitenciário Nacional?	63
4.2. O FUNPEN em números.....	64

4.3. A Medida Provisória n. 755/2016 e a desvinculação das receitas orçamentárias do superávit primário do FUNPEN.....	66
4.4. O sistema penitenciário está nesse ECI por quê? Falta de recursos financeiros ou má gestão na sua administração?.....	67
4.5. O impacto da execução antecipada da pena no declarado estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.....	69
5. A GESTÃO DA QUALIDADE E DO CONHECIMENTO NO SERVIÇO PÚBLICO: O princípio da eficiência como uma antítese à tese da execução antecipada.....	71
5.1. Administração pública patrimonialista.....	72
5.2. Administração pública burocrática.....	73
5.3. Administração pública gerencial.....	73
5.4. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.....	75
5.5. A Gestão do Conhecimento como forma de valorizar o ativo intangível: O ser humano.....	77
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO:

Não existem fatos, mas, sim, versões sobre eles. Tudo que é dito é sempre dito por um observador (Maturana). Ou como disse Leonardo Boff: “cada ponto de vista é a vista de um ponto”.

Recentemente, mais precisamente no dia 05 de abril de 2018, a comunidade jurídica brasileira (contando com ampla cobertura *on line* das mídias em geral e da própria TV Justiça) voltou sua atenção para a sessão plenária em que o STF, por maioria, negou provimento ao HC preventivo 152.752-SP, impetrado pela Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República, sinalizando que poderá haver uma viragem na página da jurisprudência que ali está consolidada desde o ano de 2009 (quando do julgamento do HC 84.078-MG, relator Min. Eros Grau), a fim de permitir a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Até aí nada de novo no fronte, pois essa decisão foi idêntica àquelas que já haviam sido tomadas durante os julgamentos do HC 126.292-SP e da Medida Cautelar interposta nas ADC's 43 e 44, respectivamente. Inclusive os argumentos foram mantidos no mesmo diapasão. De novo mesmo foi só a cobertura da mídia, já que se tratava de um paciente que outrora presidiu o País por dois mandatos consecutivos e ao final do segundo deixou o Palácio do Planalto ostentando uma aprovação popular superior a 86%.

Ademais, pode-se perceber que a celeuma e os ânimos exaltados a respeito do tema em vez de terem sido acalmados com a referida decisão da maioria do STF surtiu efeito contrário, pois a mudança de entendimento da Corte (**ainda que não tenha se dado em sede de controle concentrado de constitucionalidade nas ADC's 43 e 44**) apenas acirrou ainda mais os debates sobre o assunto em todos os setores da sociedade.

De nossa parte, por amarmos a democracia e o diálogo, a decisão da maioria do STF serviu como um aperitivo epistêmico para o fim de, além de tornar-se a causa eficiente da escolha do tema para esta monografia, nos fez lembrar também, por analogia, das questões metafísicas discutidas pelas personagens do conto **O Espelho**, de Machado de Assis (*in* “Papéis Avulsos”, publicada em 1882), em especial da indagação por ele formulada há mais de 130 anos, *verbis*: **Como**

estabelecer a ordem em uma sociedade fundada em bases contraditórias e violentas?

Sendo assim, a partir de compilações das referências bibliográficas do muito o que já foi escrito sobre o tema, utilizamos a seguinte metodologia no desenvolvimento desta pesquisa: no primeiro capítulo abordamos a evolução histórica do princípio da presunção de inocência e como se deu a sua interpretação na jurisprudência do STF. No segundo capítulo trouxemos considerações sobre os aspectos gerais dos discursos favoráveis à execução antecipada da pena (excetuados aqueles casos onde o réu é preso em flagrante ou preventivamente, responde ao processo **preso** e, nessa condição **de preso provisório**, é julgado e mantido no cárcere).

Nos dois capítulos seguintes dedicaremos um deles a análise do voto do ministro Barroso no HC 152.752-SP, e o outro ao seu voto como relator da ADPF n. 347, onde foi declarada a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito *intra muros* do Sistema Penitenciário nacional, trazendo os dados do FUNPEN e do CNJ, expondo assim a inconsistência lógica e as contradições dos discursos eivados de conotação política do ministro Barroso em relação aos dois capítulos anteriores. Depois da chancela à execução antecipada da pena, mais de 13.000 mandados de prisão já foram cumpridos.

Aquilo que já era um estado de coisas inconstitucional, tornou-se pior.

No quinto capítulo abordaremos a questão da Gestão da Qualidade e do Conhecimento no serviço público, à luz do princípio da eficiência, eis que são assuntos de natureza jurídica constitucional, os quais sendo bem administrados, indiscutivelmente mitigariam a ineficiência da jurisdição penal e satisfariam a contento o desejo de justiça célebre da opinião pública.

Por fim, diante do declarado *ECI no sistema penitenciário*, o qual, por si só, desconstrói os argumentos favoráveis à execução antecipada da pena, salientamos que de uma leitura atenta dos artigos 102, 103-A e 144, todos da Constituição Federal, não se vislumbra ali nenhuma razão para que o STF se arvore a fazer ou suprir as vezes do Legislador na questão da Segurança Pública, notadamente por força dos princípios da separação dos poderes, da inérgia da jurisdição e o da imparcialidade.

Recorremos também à semiologia durante a observação do que ordinariamente acontece na caótica realidade política, econômica e social que assola a maioria da população do país, com ênfase nas decisões dos HC 152.752 e 126.292, e na Medida Cautelar nas ADC's n. 43 e 44.

1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

Foi Montesquieu quem disse que “quando a inocência dos cidadãos não é assegurada, a liberdade também não o é” (*in O Espírito das Leis*, Livro XII, I).

Antes dele, porém, a história registra o surgimento do princípio da presunção de inocência na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que fez questão de deixar registrado em seu art. 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A mesma prescrição consta da Constituição Francesa de 1791.

Entretanto, foi através da obra “Dos delitos e das penas”, escrita em 1764, por Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria, que pela primeira vez foram estabelecidas as bases da presunção de inocência. Nas palavras do autor (2005, p. 63), “Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção foi lhe dada”.

Percebe-se que o princípio da presunção de inocência surgiu para garantir o direito de defesa do acusado, para que ele não fosse tratado como culpado desde o início da acusação, rompendo-se, assim, com o modelo inquisitivo do processo penal, predominante até então. Antunes (2013, p. 47) afirma que:

“Com o surgimento da presunção de inocência, rompendo-se o sistema inquisitivo anterior, é a culpa que deve ser demonstrada, sendo sua prova o objeto do processo.

Sem dúvida houve uma opção garantista de se protegerem os inocentes, ainda que ao custo de eventualmente não punir algum culpado, daí surgindo o brocado jurídico *in dubio pro reo*.“

Findada a Segunda Guerra Mundial, o espanto derivado do cometimento de diversas atrocidades contra os cidadãos opositores do governo, bem como pelo desprezo aos direitos humanos em geral, fez com que o mundo se atentasse para a presunção de inocência, agora como uma vertente de um novo princípio, que se insculpia e se propagava na ordem jurídica internacional: a dignidade

da pessoa humana.

A necessidade de se reafirmar direitos e garantias individuais como forma de proteção ao indivíduo frente ao Estado inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegurou o princípio da presunção de inocência no artigo XI, sendo aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 por 48 nações, dentre elas, o Brasil. Não obstante o caráter não obrigacional da Declaração, sua importância é inegável, pois representou um norte a ser seguido pelos diversos países do mundo, tanto na elaboração de tratados internacionais, como na construção do direito interno.

Graças ao término do regime militar, em 1985, o Brasil passou a ratificar os tratados internacionais sobre direitos humanos. Em 1992, promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que determina, no artigo 14.2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” Ademais, a primeira parte do artigo 8º.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, possui redação bastante similar.

Ainda no plano internacional, o Tratado de Roma, promulgado pelo Brasil em 2002, dispõe minuciosamente sobre o princípio da presunção de inocência em seu artigo 66, que, inclusive, impõe expressamente à acusação o ônus da prova da culpa do acusado.

1.1. Evolução do princípio da presunção de inocência no Brasil:

A presunção de inocência teve sua primeira aplicabilidade no Brasil por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe, no artigo XI.1, que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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”.

Surgiu, portanto, como um princípio geral de direito, tendo em vista a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos era utilizada pela doutrina e jurisprudência

para embasar os institutos do *favor rei* e do *in dubio pro reo*, entendidos como desdobramentos da presunção de inocência. Porém, apenas em casos extremos era aplicado o aludido princípio, já que o próprio Código de Processo Penal de 1941 apontava, na exposição de motivos, que o juiz devia evitar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

A presunção de inocência foi expressamente prevista na legislação brasileira apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII) e, posteriormente, corroborada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

Aqui no Brasil este princípio deriva de uma regra de tratamento e uma regra probatória. A regra probatória diz respeito ao ônus da acusação de provar a materialidade e autoria do crime, enquanto a regra de tratamento impõe que o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB/88), impedindo qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado.

Na Constituição de 1937 (conhecida como Constituição polaca), durante o Estado Novo, inspirada em modelos fascistas e nazistas, apesar de os direitos individuais estarem positivados no art. 122, logo em seguida, o art. 123 impunha limites ao uso desses direitos para proteção do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz, da ordem coletiva e da segurança da Nação. Isso apenas demonstra que “direitos e garantias dependem do momento e do estado político, e, isoladamente, a enunciação de direitos e garantias são de pouca valia, se não tem a servir-lhes de entorno um Estado Democrático de Direito”.

O fim do Estado Novo e a redemocratização do Brasil se deram com o afastamento de Getúlio Vargas, em 1945, porém, a Constituição Federal de 1946 continuou omissa quanto ao princípio da presunção de inocência.

Em 1964, com o golpe militar, a presunção de inocência, assim como os direitos individuais em geral, foi desprezada, cabendo ao acusado provar que não estava envolvido em movimentos contrários ao regime. O Ato Institucional n. 5 suspendeu a garantia de *habeas corpus* e excluiu do Poder Judiciário a apreciação da legalidade da prisão de acusados por crimes políticos ou contra

a segurança nacional. Apesar de permanecerem formalmente iguais, os direitos e institutos correlatos à presunção de inocência não tinham nenhuma aplicabilidade prática nessa época.

A Lei de Anistia de 1979, aprovada sob o governo do presidente Figueiredo, sinalizou o retorno da democracia no País. O Poder Judiciário voltou, então, a contemplar o princípio da presunção de inocência, mesmo que implicitamente, reconhecendo a prisão apenas quando estritamente necessária.

Pelo contexto político vivido, a sociedade esperava o restabelecimento dos direitos e garantias individuais, suprimidos durante o governo militar, além de um posicionamento do País frente à comunidade internacional, tendo em vista que não havia qualquer norma interna que efetivasse os temas contidos nos tratados internacionais, de maneira que toda a aplicação e reconhecimento do princípio da presunção de inocência no Brasil se dava em razão da construção doutrinária e jurisprudencial que se consolidou por anos a fio (ANTUNES, 2013).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 representou o grande marco para a instalação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, ao assegurar limites constitucionais à atuação estatal e prever, além de diversos direitos e garantias fundamentais, instrumentos para a sua efetiva proteção. Entre todas as Constituições existentes no País, foi a que trouxe o maior número de garantias fundamentais. O extenso rol de direitos individuais elencados no art. 5º da Lei Maior, sem contar os demais espalhados ao longo da Carta Magna, demonstram o seu caráter garantista.

Ademais, a atual ordem constitucional também consagrou a existência de *cláusulas pétreas*, limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário ao poder de reforma constitucional, elencando mandamentos imutáveis da Constituição Federal, que constituem o núcleo mais central do projeto político-jurídico desenhado pelo texto constitucional de 1988. Tais cláusulas pétreas estão elencadas no art. 60, § 4º, da CRFB/88, destacando-se, dentre suas disposições, o inciso IV, que prevê os direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever explicitamente o princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, disposto no inciso LVII do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito

em julgado de sentença penal condenatória”, enquanto o inciso LXI determina que “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”.

A redação final do inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 é resultado do aprimoramento das versões anteriores apresentadas durante as discussões, dentre as quais debatia-se o alcance do princípio e o marco temporal de sua aplicabilidade. Nesse sentido, explica Antunes (2013, p. 62):

“Em uma das reuniões da Comissão de Direitos e Garantias Individuais se trabalhou com a expressão “cidadão”, como se referido princípio só fosse aplicável aos nacionais. Em outra ocasião, previu-se que bastava a “declaração judicial” para que o acusado fosse considerado culpado, o que faria margem a discussão quanto a qual tipo de provimento jurisdicional teria o condão de romper com a presunção de inocência, e em que momento.”

Importante notar, portanto, que a opção da “declaração judicial” como instrumento suficiente para que o acusado fosse considerado culpado foi visualizada e rejeitada pelo constituinte originário, que optou por prever expressamente o trânsito em julgado da condenação como marco temporal para o término da presunção de inocência.

Enquanto os tratados multilaterais internacionais ratificados pelo Brasil estabelecem a “comprovação da culpa” como termo final da presunção de inocência, a Constituição Federal de 1988 adota o trânsito em julgado para tanto. A interpretação sistêmica dos diplomas normativos nos permite concluir que, no Brasil, deve ser considerado o termo maior, estabelecido constitucionalmente.

Isso se justifica, primeiramente, porque os direitos humanos, por sua própria natureza, não podem sofrer interpretação reducionista, premissa estabelecida no artigo 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, bem como no artigo 5 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. O fato de um país ser signatário de um Pacto ou Convenção, de regra, não permite que utilize deste Pacto ou Convenção para reduzir direitos fundamentais já existentes no ordenamento interno. Em síntese, interpretação de direitos humanos deve ser feita de modo a dar maior eficácia a tais direitos.

Além disso, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado

a partir do RE 466.343, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e são aprovados pelo procedimento legislativo ordinário assumem uma posição de *suprallegalidade*, mas de infraconstitucionalidade, na ordem hierárquica normativa brasileira.

Logo, no Brasil, a previsão constitucional deve prevalecer, no sentido de se adotar a imutabilidade da decisão condenatória como termo final da presunção de inocência.

A formulação do princípio na Carta de 1988 teve inspiração na Constituição italiana, que prevê, no art. 27, que o acusado não será considerado culpado até a condenação definitiva. A Constituição Portuguesa também dispõe, em seu art. 32.2., que “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...”).

Apesar da expressão negativa insculpida no inciso LVII do art. 5º da Carta de 1988, de que “ninguém será considerado culpado”, entende-se que se trata, de fato, do princípio da presunção de inocência.

Ainda que se utilize da expressão “ninguém será considerado culpado” é claro que se está aí a falar de presunção de inocência. Só há duas possibilidades: ou o indivíduo é inocente ou ele é culpado. Não há um estado intermediário, segundo o texto constitucional, e, ainda, houve a decisão política de se afirmar na Constituição Federal que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém poderá ser considerado culpado, o que vale dizer que o indivíduo mantém o seu estado de inocência até que haja decisão definitiva de condenação em sentido contrário.

Justamente por não haver um estado intermediário, não há como se falar, no contexto brasileiro, em cumprimento de “ prisão-pena” antes da condenação penal definitiva. Tal silogismo implicaria dizer que um inocente (ou não culpado) poderia cumprir pena privativa de liberdade, o que representa clara transgressão ao princípio da presunção de inocência. O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Cesar Peluzo, ao tratar da presunção de inocência em seus votos, também inadmitia qualquer condição intermediária entre os estados de “inocente” e “culpado”.

É, portanto, uma garantia, no sentido de que o réu não pode ser tratado no

curso do processo como se fosse culpado; deve ser tratado como se fosse inocente. É neste sentido que se presume inocente o réu: para ser tratado, pela lei, no curso do processo, como se fosse inocente! E aqui não há lugar para nenhuma pressuposição de condição intermediária, entre inocência e culpabilidade.

Trata-se de garantia constitucional de tratamento condigno do réu, enquanto não lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva. Mas não é apenas regra de tratamento; é também a expressão máxima de um modelo de processo penal, concebido primordialmente para proteger a liberdade, e não, para punir.

Logo, ou a pessoa é inocente ou é culpada. Como a Constituição Federal proibiu que alguém fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado, tem-se que, até esse momento, a pessoa deve ser considerada inocente, vedado, assim, o início do cumprimento de qualquer pena a ela imposta.

Importante ressaltar que o Código de Processo Penal foi redigido em 1941, durante um período muito conturbado da história do nosso país, acabando por espelhar o viés autoritário vigente à época, de modo a impor forte restrição a direitos e garantias individuais. No entanto, em reação a esse histórico ditatorial e cerceador de direitos, o sistema processual penal brasileiro adotou uma posição garantista a partir de 1988, tendo, desde então, a finalidade de proteção do indivíduo frente aos poderes estatais, e não o fim maior punitivo.

No plano infraconstitucional, temos um Código de Processo Penal de 1941, elaborado sob à égide de um governo ditatorial, revelava maior preocupação com a sociedade em detrimento do indivíduo. Alguns pontos da exposição de motivos do CPP brasileiro, inclusive, fazem referência expressa às garantias individuais como entraves ao prosseguimento do processo:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão

da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.

No CPP de 1941 "colocava-se o acusado em posição de objeto da persecução penal, a ele não se assegurando garantias ou direitos fundamentais processuais, que eram vistos como entraves à eficiência do Direito Penal". *Ad argumentandum*, o art. 312 do CPP, em sua redação original, exigia a decretação da prisão preventiva para crimes com penas máxima de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos.

Ademais, o art. 594 do CPP ilustrava que a regra era a prisão, ao dispor que "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto". Vê-se, portanto, que a condenação, mesmo que de primeiro grau, em regra, já gerava efeitos imediatos, não havendo que se falar em presunção de inocência. Este preceito foi alterado pela Lei 5.941/1973, que reconheceu parcamente a incidência desta garantia aos réus primários e de bons antecedentes.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 594 do CPP, que exigia a prisão como requisito para apelar, continuou a ser aplicado pelo Supremo, que entendeu, no julgamento do HC 72366, Rel. Min. Néri da Silveira, que o dispositivo havia sido recepcionado pela Lei Maior. O referido preceito foi definitivamente revogado por meio da Lei 11.719/2008, que entrou em vigor em 2008.

Em seguida, no ano de 2009, a Corte Suprema mudou seu entendimento acerca da presunção de inocência, ao julgar o *Habeas Corpus* 84.078, Rel. Min. Eros Grau, concluindo que o princípio impedia a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

Nesse contexto, o legislador, recentemente, entendeu por bem alterar, mediante a Lei 12.403/2011, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, buscando harmonizar a lei processual penal com a Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere ao inciso LVII do art. 5º, que trata justamente do princípio da não culpabilidade. O art. 283 do CPP passou a ter o seguinte teor:

“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.”

A nova redação do art. 283 afastou-se do caráter autoritário do Código de Processo Penal e deu leitura mais democrática ao dispositivo, garantindo direitos fundamentais previstos na Constituição. Afinal, não pode ser permitida uma restrição de garantias contidas na Lei Maior em razão de normas infraconstitucionais. Pelo contrário, os diplomas infraconstitucionais que devem se ajustar aos preceitos garantistas da CRFB/88. Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Na exposição de motivos do anteprojeto que deu origem ao art. 283 do CPP, consta, dentre as principais propostas do projeto de lei, “a impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que

não seja de natureza cautelar". Além disso, a justificativa do Poder Executivo à época era a seguinte:

Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar.

A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.

Portanto, a nova redação do art. 283 do CPP eliminou qualquer dúvida quanto à possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, vedando-a expressamente, excetuadas as de natureza cautelar.

Assim, tanto a legislação brasileira constitucional, como a infraconstitucional, vedam a chamada execução provisória da pena, em decorrência do princípio da presunção de inocência, corroborando o caráter garantista que deve vigorar no processo penal. Nessa perspectiva, a dimensão temporal da presunção de inocência deve considerar que o estado natural da pessoa é o estado de livre, de modo que o princípio existe antes de uma acusação ou processo e vai até o final dele.

É possível a relativização da presunção de inocência estritamente nas hipóteses de prisão em flagrante e prisão cautelar (temporária ou preventiva), em que ocorre a ponderação do princípio frente a outros valores também protegidos constitucionalmente. Nesse sentido, apenas as razões de decretação da prisão preventiva, estabelecidas no art. 312 do CPP, justificam a prisão cautelar no curso do processo. O cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, à exceção dessas circunstâncias, configura incontestável ilegalidade.

A execução da pena privativa de liberdade é fundamentada na condenação, enquanto as prisões cautelares são fundamentadas no poder de cautela do Estado, possuindo, portanto, naturezas distintas. A execução provisória da pena traduz um meio termo que claramente transgride a presunção de inocência.

1.2. Viragens jurisprudencial na interpretação e aplicação do princípio pelo STF.

A questão da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito

em julgado foi e continua sendo objeto de grandes controvérsias no Supremo Tribunal Federal, podendo seu entendimento ser dividido em três momentos principais: até 2009, antes do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG; a partir de 2009, em razão do julgamento do mencionado writ; e a partir de fevereiro de 2016, quando proferida a decisão da Corte no Habeas Corpus 126.292/SP.

Este último julgado deu azo ao ajuizamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 na Corte Suprema, tendo por objeto o artigo 283 do Código de Processo Penal, com o intuito claro de pleitear a reconsideração do tribunal no último precedente supracitado.

Antes do julgamento do HC 84.078 (ocorrido em 2009), a jurisprudência do STF era firme no sentido de ser possível a execução da pena privativa de liberdade a partir da condenação em segunda instância, sob a alegação principal de que os recursos especial e extraordinário não possuíam efeito suspensivo, conforme disposição do art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, vigente à época, bem como do art. 637 do Código de Processo Penal. Desse modo, a Corte considerava não haver violação do princípio da presunção de inocência pelo início do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

O principal argumento utilizado para permitir a execução provisória encontrava-se disposto em norma infraconstitucional, relacionada exclusivamente aos efeitos dos recursos especial e extraordinário, sobrepondo-se, indevidamente, ao princípio constitucional da presunção de inocência. Observa-se que, por esse entendimento, o STF contrariava o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual todas as normas devem obediência à Constituição Federal e devem ser interpretadas a partir desta.

Desconsideravam que o processo penal é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais, devendo ser lido à luz da Constituição, e não o contrário. Ainda hoje é evidente a existência de uma “crise da teoria das fontes”, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, o que deve ser combatido. A legitimidade do processo penal contemporâneo depende da sua democratização, devendo ser constituído a partir da Constituição Federal de 1988.

A posição da Suprema Corte, entretanto, não era unânime, surgindo

alguns posicionamentos divergentes entre os Ministros. Ilustrativamente, no julgamento da Pet-AgR 1079, o Ministério Público apontava a incoerência na interpretação do Supremo no sentido de se permitir a execução da pena privativa de liberdade desde logo, enquanto a cobrança da pena de multa deveria esperar o trânsito em julgado, razão pela qual o *Parquet* pleiteava a possibilidade de se executar a pena de multa, também, antes da preclusão maior. Argumentava que “*como poderia o legislador autorizar a execução do mais grave – a privação de liberdade – e ao mesmo tempo coibir a execução do menos grave?*”.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence respondeu ao questionamento da seguinte forma:

Por último, não cabe transpor para o cumprimento da pena de multa, o entendimento majoritário do Tribunal – do qual divirjo, mas que vem de ser reafirmado pelo Plenário, posto que por diferença de um voto (HC 72.366, Néri, 13.9.95) – segundo o qual a execução provisória da pena privativa de liberdade – seja como pressuposto da apelação (CPP, art. 594), seja na hipótese em que da decisão condenatória só caibam recursos sem efeito suspensivo – não é incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição. (...) Certo, não deixa de ser paradoxal que, desse modo, se tenha cercado de mais cuidados a execução da pena pecuniária de fácil restituição – do que a da privação da liberdade, por definição, irreparável: mas, daí, o que se extrai é um argumento a mais contra a jurisprudência firmada quanto à última, não, a possibilidade de abstrair-se, quanto à execução da multa, da exigência legal inequívoca da coisa julgada. (STF, Pet 1079 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/1996, DJ 26-04-1996).

A decisão transcrita fez referência implícita ao art. 50 do Código Penal e ao art. 164 da Lei de Execução Penal, que prescrevem a exigência do trânsito em julgado para a execução da pena de multa. Quanto às penas restritivas de direito, a mesma lógica era aplicada, tendo em vista que o art. 147 da LEP também exige a preclusão maior para sua execução.

Pela leitura das normas do ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Sepúlveda Pertence articulou que a interpretação deveria caminhar em sentido oposto ao pleiteado pelo Ministério Público, ou seja, o certo seria que as penas privativas de liberdade, mais graves e irreparáveis, fossem passíveis de execução apenas após transitadas em julgado, e não que as penas de multa

sofressem flexibilidade na sua interpretação, a culminar na possibilidade de execução antes do trânsito.

Porém, mesmo nessas condições, o Supremo Tribunal continuou a decidir pela possibilidade de execução da pena privativa de liberdade ainda que pendente de decisão eventual recurso, até 2009, quando foi a julgamento o *Habeas Corpus* 84.078/MG.

A primeira alteração jurisprudencial acerca do tema surgiu após divergências entre as turmas do STF, o que culminou no julgamento, pelo Plenário, do *Habeas Corpus* 84.078/MG, realizado em 05/02/2009. Nessa oportunidade, concluiu-se que o princípio constitucional da presunção de inocência impedia a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, alterando, por sete votos a quatro, o entendimento até então consolidado.

No caso, o paciente havia sido denunciado por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal). O Tribunal do Júri condenou o réu à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicialmente fechado, conforme decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Foi decretada a prisão preventiva em desfavor do paciente, à alegação de que o réu tinha a intenção de se fazer furtar da aplicação da lei penal, tendo em vista a suspeita de evasão levantada pelo Ministério Público. Entretanto, o paciente juntou documentos a fim de comprovar que não tinha esse intuito. Desse modo, foi impetrado *habeas corpus* com pedido de medida cautelar no Superior Tribunal de Justiça para conferir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, suspendendo os efeitos do decreto de prisão até a decisão definitiva do *writ*. Ao final, requeria-se a concessão da ordem definitiva para anular o decreto de prisão.

Afastados os fundamentos da prisão preventiva, o pedido liminar foi concedido e se passou a discutir, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de execução antecipada da pena no caso concreto. Nessa seara, a Quinta Turma do Tribunal Superior denegou a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade, ao fundamento de que, segundo precedentes do STJ e do STF, o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do *status*

libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo (STJ, HC 19.676, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/03/2004, DJ publicado em 29/03/2004).

Contra essa decisão foi impetrado o HC 84.078/MG no Supremo Tribunal Federal. Causa eficiente da primeira viragem jurisprudencial na interpretação e aplicação do princípio da presunção de inocência na Suprema Corte.

Inicialmente os autos foram remetidos à Primeira Turma do Supremo e o Ministro Relator Eros Grau votou pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*, na linha da jurisprudência da Corte. Entretanto, em 24/11/2004, o Ministro Carlos Britto constatou, após pedido de vista, a existência de decisões divergentes entre as Turmas a respeito do tema. Assim, sugeriu a remessa da questão ao Plenário, tendo em vista a relevância da matéria e a nova composição do Tribunal, a fim de que fosse dada solução definitiva à controvérsia. Dessa forma, a Turma decidiu, por maioria de votos, afetar o pedido de *habeas corpus* a julgamento do Tribunal Pleno.

Na ocasião, o Ministro Relator Eros Grau proferiu o voto vencedor, alterando seu juízo inicial, ao afirmar que, após reflexão a propósito da matéria, estava inteiramente convicto de que o entendimento até então adotado pelo Supremo deveria ser revisto.

Iniciou seu voto fazendo uma comparação entre dispositivos do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal (LEP) e da Constituição Federal de 1988, com o intuito de solucionar o suposto conflito de normas apresentado.

O art. 637 do CPP dispunha que o recurso extraordinário não era dotado de efeito suspensivo, de modo que os autos originais deveriam baixar à primeira instância para a imediata execução da sentença. Por outro lado, a Lei 7.210/1984 condicionava a execução da pena privativa de liberdade (art. 105), bem como a execução da pena restritiva de direitos (art. 147), ao trânsito em julgado da sentença condenatória, dispendo, ainda, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valeria como título executivo judicial (art. 164).

Diante da contradição entre as normas supramencionadas, o Ministro valeu- se do art. 5º, LVII, da CRFB/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” para concluir que as disposições da Lei de Execução Penal, além de adequadas à ordem constitucional vigente, sobreponham-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, razão pela qual deveriam ser aplicadas em detrimento deste.

Em seguida, apontou a incompatibilidade entre a interpretação dada por ambas as Turmas ao art. 147 da Lei de Execução Penal, que tratava da execução da pena restritiva de direitos, e aquela referente ao art. 105 da LEP, que dispunha sobre a execução da pena privativa de liberdade. Isso porque, no primeiro caso, o STF entendia não ser possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado, enquanto no segundo, muito mais grave por se tratar de pena restritiva de liberdade, o entendimento era o oposto. Nessa perspectiva, indagou:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. [...] É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

O Ministro Relator Eros Grau declarou, ainda, que:

a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. [...] Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

Eros Grau afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Ademais, implicaria

restrição ao direito de defesa do acusado, que não pode ser visto de modo restrito, devendo englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.

O Ministro destacou o movimento garantista instaurado nos anos 80 do século passado, em especial a reforma penal de 1984 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, contrapondo-o ao caráter repressivo e punitivista de preceitos instalados na década de 90, o que gerava uma “desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança”. O Relator, nesse sentido, asseverou que:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. [...] Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. [...] Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

Tendo em vista os contextos diversos em que produzidas as normas dos anos 90 e aquelas elencadas na CRFB/88, alegou que “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”.

O Ministro argumentou que a jurisprudência defensiva é capaz de reduzir a amplitude e até mesmo amputar garantias constitucionais e que tal argumento será irrelevante no plano normativo, enquanto não houver uma reforma processual penal que esteja de acordo com o disposto na Constituição. Afinal, “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito”, de modo que “não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais”, estando sempre protegidos pelo manto da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88.

Como último argumento de seu voto, o Ministro Eros Grau trouxe à tona o julgamento do RE 482.006, realizado em 07/11/2007, quando foi declarada, à unanimidade, a inconstitucionalidade de preceito estadual (art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52) que impunha a redução de

vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, sob a alegação de que isso implicava violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Assim, confrontou a posição do Supremo quanto à aplicação do princípio da presunção de inocência a favor da garantia da propriedade e, de outro lado, da liberdade:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Após todos os votos, o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal à época, votou pela constitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Em seus dizeres, destacou que uma execução antecipada em matéria penal configuraria claro atentado à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional segundo o qual é vedada a transformação do homem em objeto do processo.

Apesar de afirmar em seu voto no julgamento deste *habeas corpus*, com bastante convicção, que estava “absolutamente tranquilo de que nós poderemos dizer: a decisão que se tomou no passado era correta, como é correta a decisão que hoje se está a tomar, à luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional”, o mesmo Ministro mudou seu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em 2016.

Cadê a consistência jurídica dos argumentos desse ministro? Lembrando de Aristóteles e da sua Teoria das “quatro causas”, qual teria sido a “causa eficiente” (a força motriz) da mudança de entendimento de Gilmar Mendes, de 2009 para 2016?

Dentre essas e outras razões, o tribunal decidiu, por maioria, que a antecipação da execução penal era incompatível com o texto da Constituição e que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármén Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Esse foi o entendimento que vigorou até fevereiro de 2016, quando ocorreu

a segunda viragem jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal afeta à questão, no julgamento do HC 126.292/SP.

Interessante notar que, entre o pronunciamento do STF no HC 84.078 e no HC 126.292, o Plenário do Tribunal avaliou, em 16/02/2012, a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, através do julgamento conjunto das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4578, quando foi realizada uma revisão da jurisprudência da Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral.

A Lei da Ficha Limpa, que surgiu por iniciativa popular, alterou a Lei Complementar 64/1990, incluindo hipóteses de inelegibilidade que visavam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato eleitoral. Dessa forma, muitos de seus dispositivos previam que seriam considerados inelegíveis os candidatos que fossem condenados pela prática de determinados delitos em decisão proferida por órgão judicial colegiado, ou seja, mesmo antes do trânsito em julgado.

Por maioria de votos, prevaleceu no Supremo Tribunal o entendimento em favor da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, já aplicada nas eleições daquele mesmo ano, alcançando, inclusive, atos e fatos ocorridos antes de sua vigência. Assim, a partir desse julgamento, configura hipótese de inelegibilidade a condenação, mesmo que não definitiva, pela prática de alguma infringência prevista na LC 135/2010.

Debate análogo havia ocorrido no âmbito da Suprema Corte no julgamento da ADPF 144, em 06/08/2008, quando, por maioria, os Ministros decidiram pela “impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inocorrente condenação criminal transitada em julgado”, por considerarem admissível a extensão do princípio da presunção de inocência no âmbito do processo eleitoral.

Isto posto, tem-se que, inicialmente, em 2008, o STF considerou inaceitável a inelegibilidade em decorrência de decisão não transitada em julgado. Entretanto, em 2012, houve uma virada jurisprudencial, quando, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Apesar de tratar-se de âmbitos completamente distintos, quais sejam, o processo eleitoral e o processo penal, muitos Ministros utilizaram-se da decisão acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa para fundamentar seus votos no julgamento do HC 126.292, no sentido de permitir a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação em processo criminal.

Oportunamente, neste trabalho, acerca dessa segunda viragem jurisprudencial (mantida no julgamento do HC 152.752-SP), faremos a analogia ao conto O Espelho, de Machado de Assis, diante da inconsistência lógica dos argumentos políticos/jurídicos dos ministros(as), pautada a maioria no clamor da opinião pública (leia-se: mídia em geral; jejum de Dallagnol, representante do MPF; twite de general lido por âncora do jornal nacional e outras idiossincrasias).

2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA:

Aspectos gerais dos discursos jurídicos a ela favoráveis.

Convém salientar, de início, que o princípio da presunção de inocência, conjuntamente com outras garantias individuais, foram um arcabouço de conquistas resultantes das lutas contra a repressão estatal, concretizando-se, como dito acima, no núcleo essencial das prerrogativas do Estado Democrático de Direito, consolidado no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, ao que parece, os defensores da execução antecipada da pena desconsideram a constitucionalidade dessa prerrogativa conquistada no passado por aqueles que enfrentaram capitães do mato, pelourinhos, torturas e pontas de baionetas, de 1500 até 1985.

Em defesa dos seus argumentos eles alegam o fato de que até o ano de 2009 o entendimento do STF era o de que a execução provisória da pena era permitida a partir da condenação por tribunal de apelação, tendo em vista o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário.

Os adeptos dessa tendência sentiram-se reforçados em seus posicionamentos a partir do julgamento do HC 126.292/SP, em 2016, tendo por relator o então Min. Teori Zavascki, pois naquela ocasião o Supremo Tribunal Federal voltou a empregar o posicionamento anterior, numa *sui generis* modalidade de *repristinação jurisprudencial*, sob a alegação de que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de não culpabilidade.

Esse entendimento se repetiu agora em 2018 quando do julgamento do HC preventivo n. 152752-SP, em um momento de intensa agitação política no país, já que estava em andamento o julgamento do ex-presidente Lula no bojo da Operação Lava-Jato, levando ele e outras autoridades políticas a enfrentarem os revezes de conduções coercitivas e de terem contra si cumpridos mandados de prisão por crimes de colarinho branco. A coletividade, estimulada pela mídia e outros movimentos de duvidosa imparcialidade, deflagrou inúmeras manifestações contra a corrupção pelo país, exigindo a punição dos acusados.

Nesse contexto de ânsia punitivista, os Ministros utilizaram, tanto na decisão do HC 126.292-SP, quanto na do HC preventivo n. 152752, muitos argumentos que visavam – “ao sentir deles” - proteger a sociedade. O clamor

das ruas passou a ser a causa eficiente das decisões judiciais. O índice de audiência das sessões plenárias davam a tonalidade das vozes, a gravidade dos semblantes e a rispidez dos gestos (linguagem dos signos na semiótica) durante a leitura dos votos e nos debates em plenário.

A fim de constitucionalizar a execução antecipada da pena mencionam nos seus arrazoados o que teria dito Dworkin, olvidando o fato de que este difere e coloca em lados opostos os argumentos de política e os argumentos de princípio. Para Dworkin, a decisão de um tribunal só é legítima enquanto fundada em argumentos de princípio.

Lenio Luiz Streck escreveu um artigo trazendo como título uma pergunta provocativa, mas que serve como reflexão: “Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal”? (CONJUR, Senso Incomum, 07.06.2018).

No desenvolvimento do artigo, Lenio Streck diz que, na área jurídica, epistemologia pode ser vista como um palavrão, mas é o ramo da filosofia que cuida da seguinte questão: O que podemos conhecer/compreender? A obviedade é apenas aparente; não temos uma epistemologia adequada sobre uma série de questões, das mais fundamentais. No campo de conhecimento chamado “Direito”, não há uma exigência de consistência lógica no discurso jurídico. Deveria haver. Mas não há.

Enquanto isso, em Brasília, ministros(as) do STF foram e ainda são vistos e fotografados em jantares privados em companhia de políticos acusados e ou investigados no âmbito da Operação Lava-Jato e no próprio STF, ou então nos corredores e jardins dos Palácios do Jaburu e do Planalto.

Por outro lado, se a ausência de consistência lógica nos discursos jurídicos por si só já não fosse causa suficiente para estranhamento da viragem jurisprudencial referente a execução antecipada da pena, pelas ruas podemos constatar o escancaramento do viés político-partidário das manifestações (por exemplo: “somos milhões de Cunha; MBL; eu não tive culpa, eu votei no Aécio; o pato amarelo da Fiesp; o boneco gigante de Lula etc.”), evidenciado pelo silêncio sepulcral de todos eles diante dos escândalos sucessivos e reiterados do governo pós impeachment de Dilma Rousseff.

Votaram pela ruptura da jurisprudência que estava assentada no STF desde o ano de 2009 os eminentes Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto

Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki e, para desempatar, o voto de *Minerva* foi da Ministra Presidente da Corte, Carmen Lúcia.

Divergindo da Orientação proposta pelo Min. Teori Zavascki (ainda no HC 126.292-SP mas com repercussão no julgamento das ADC's 43 e 44-DF) votaram os Senhores Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli (parcialmente), Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Conforme noticiou o próprio STF em sua página na internet, o Ministro **Edson Fachin** abriu divergência em relação ao relator Min. Marco Aurélio Mello e votou pelo indeferimento da medida cautelar nas ADC's 43 e 44, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição a fim de afastar aquela (interpretação) segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

O Min. Edson Fachin destacou em seu voto dados coletados numa pesquisa que comprovam a **existência de recursos especiais e extraordinários em que houve reforma e mudança na situação processual de centenas de réus**, entretanto, disse ele que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Do seu voto colhe-se o seguinte trecho:

“(...) Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênia ao eminentíssimo Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, assentou a tese segundo a qual “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.” Nessa linha, reitero *in totum* o voto que proferi naquela assentada, consignando que não considero a decisão proferida por este egrégio Plenário contrastante com o texto do art. 283 do Código de Processo Penal. Com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, considero haver um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que,

dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos. Por essa razão, interpreto a regra do art. 5, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.” (ADC's 43 e 44-DF).

O Ministro **Gilmar Mendes** avaliou que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Ele ressaltou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Em seu voto Gilmar Mendes ressaltou que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal. “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”. Ademais, disse Gilmar Mendes que há países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais mas que aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

Por sua vez o Min. **Luís Roberto Barroso** (que na ADPF 347 reconheceu a “existência de um Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro”), defendeu em seu voto a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”, afirmou. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que

não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.

O Min. Luís Roberto Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, “mas grosseiramente injusto”, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nú”. Entre elas, incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.” (ADC's 43 e 44-DF).

Para que fique aqui registrado, quando do julgamento da ADPF 347 o PSOL alegou e o STF reconheceu estar configurado o denominado “estado de coisas inconstitucional” diante da seguinte situação do sistema carcerário brasileiro:

- Violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- Inérgia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- Transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

O Ministro **Luiz Fux** seguiu a divergência observando em seu voto que tanto o STJ como o STF admitem a possibilidade de suspensão de ofício, em habeas corpus, de condenações em situações excepcionais, havendo, assim, forma de controle sobre as condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição. No seu entendimento, Luiz Fux disse que o constituinte não teve a intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. “Se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão”. Ao concluir o seu voto ele ressaltou ainda a necessidade de se dar efetividade à Justiça. “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”.

Desempatando o julgamento e proferindo o voto de *Minerva*, a Ministra **Carmén Lúcia**, presidente do STF, negou o pedido de cautelar em ambos os pedidos. Ela fez questão de relembrar seu próprio voto num julgamento ocorrido em 2010 sobre o mesmo tema, quando ressaltou que, quando a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado,

não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena – posição na linha de outros julgados do STF. Para a ministra presidente, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

O Ministro **Teori Zavaski**, que na condição de relator do HC 126.292-SP já havia feito a proposta da nova Orientação Jurisprudencial com vistas à ruptura com aquela que havia superado a discussão sobre a **antecipação da execução da pena** antes do **trânsito em julgado** da sentença penal (HC 84.078-MG, de 2009), fez questão de frisar que o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre **(a)** o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à **(b)** busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

Lembrou que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Destacou em seu voto que “nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rei. Mi Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal, ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a

qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido". (HC 126.292-SP).

Desta feita, no julgamento da Medida Cautelar nas ADC's 43 e 44, o Ministro Teori Zavascki votou afirmando que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena. Ele ressaltou que esta era a jurisprudência do Supremo até 2009. "A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país", afirmou. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. "O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social". Outro argumento citado pelo ministro foi o de que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas. "É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição."

E o que dizer da inconsistência lógica do discurso jurídico do Min. Gilmar Mendes, que enquanto Presidente do STF, em 2009, era contrário à execução antecipada da pena, e agora em 2016/2018, diz-se favorável à mesma?

O que aconteceria se lhes direcionássemos a indagação de Lenio Streck: Senhores(as) Ministros(as), *data maxima venia*, poderiam Vossas excelências demonstrarem para a comunidade jurídica e a sociedade brasileira as evidências científicas dos seus votos, já que citam tanto Dworkin e precedentes estrangeiros?

Mais. Se direcionássemos ao STF a pergunta formulada por Machado de Assis (há mais de 130 anos): **Como estabelecer a ordem em uma sociedade fundada em bases contraditórias e violentas?**

Ou se lhes pedíssemos para discorrerem sobre como deveria ser a atuação do Poder Judiciário nessa perspectiva: presunção de inocência, gestão da qualidade/eficiência dos serviços públicos e efetividade da jurisdição penal?

As suas almas exteriores, demasiadamente humanas, decerto se fragilizariam diante do próprio *narcisismo*. Daí a analogia ao conto O Espelho, de Machado de Assis, que é um retrato da condição existencial da atual composição do Supremo Tribunal Federal.

Mais não é só isso. Os apoiadores da execução antecipada da pena sustentam a sua constitucionalidade dizendo que a pós-modernidade exige que o intérprete constitucional faça em suas ponderações a harmonização entre a tutela da segurança pública e a presunção de inocência, de forma a autorizar a execução provisória da pena assim que definida a culpabilidade nas instâncias ordinárias.

Segundo eles, para que haja essa harmonização, que é imposta pela unidade da Constituição, é necessário o exame sobre a natureza dos institutos jurídicos envolvidos, a vinculação do Poder Judiciário à tutela da segurança, a relevância da anterioridade da definição da culpa no julgamento dos recursos excepcionais, e a existência de meios para questionar eventual ilegalidade na execução provisória e a interpretação constitucional voltada à segurança.

Logo – de dedos em riste -, defendem que a ponderação envolvendo essas questões, com destaque à vedação constitucional de proteção deficiente dos direitos fundamentais, revela que a execução provisória, além de compatível com o núcleo da presunção de inocência, é consequência natural do encerramento das instâncias ordinárias.

Dizem ainda que na vigência da atual Constituição Federal a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o encerramento das instâncias ordinárias, predominou, por largo tempo, sem oposição significativa, no Supremo Tribunal Federal (esquecem-se que em 2009 o placar da viragem foi 7 a 4).

Buscam justificação lá no julgamento do HC n. 67707/RS, em 1989, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, quando se decidiu que a presunção de inocência da então novel Constituição não revogara as prisões cautelares, especificamente a decorrente do então vigente art. 594 do CPP (“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”).

Citam o HC n. 67857/SP, julgado em 1990, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho, quando se decidiu que: “não pode prevalecer a tese de que, ante o mencionado item LVII de que, embora haja decisão condenatória, mesmo em segundo grau, a prisão só poderá efetuar-se após o trânsito em julgado de tal decisão”. Um dos motivos para tanto – a preocupação com a segurança pública – já transparecia. O relator destacou que a Constituição Federal não poderia ser interpretada no sentido de haver determinado que criminosos de alta

periculosidade ficassem em liberdade até o julgamento final dos recursos excepcionais, assim “pondo-se em risco maior a tranquilidade e a segurança da população”. Idêntica linha de julgamento foi seguida no HC n. 67841/SC e no HC n. 68037/RJ, ambos julgados em 1990, sob a relatoria do mesmo Ministro.

Já no HC n. 68726/DF, julgado em 1991, o Ministro Relator Néri da Silveira manteve a prisão determinada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro quando este desproveu a apelação interposta em favor do paciente. O Ministro Relator fundamentou que o “caso julgado”, o qual ocorreria após o julgamento de todos os recursos ordinários, permitiria a execução provisória por respeitar os direitos fundamentais do réu e por ter em vista a consolidação do juízo condenatório. Por tal razão, à época da vigência do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, os recursos extraordinário e especial eram recebidos apenas no efeito devolutivo.

Exemplificam ainda com os casos do HC 68521-SP e do Recurso Extraordinário 133489-SP, ambos da relatoria do Ministro Paulo Brossard, em 1991, e do HC 69263-SP, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 1992, onde mantiveram o entendimento acerca da validade do art. 594 do CPP e das demais prisões processuais frente ao princípio da presunção de inocência. No HC 72366-SP, em 1995, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, consolidou-se a recepção do art. 594 do CPP pela Constituição Federal. Observou-se que a prisão constituía um efeito natural da sentença condenatória por já conter um “juízo de consistência da acusação”. Pontuou-se que o distanciamento temporal entre o fato delituoso e a sua punição provocado pela morosidade do sistema judiciário torna a pena “despojada da sua importante finalidade utilitária de medida inibidora do crime”.

Ressaltam que a uniformidade desse entendimento resultou, em 2003, na edição dos verbetes n. 716 e 717 das Súmulas do STF, disciplinando a execução provisória da pena ao admitir a progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado da condenação.

Por isso a eventual viragem da jurisprudência, em fevereiro de 2016, reprimirando a jurisprudência anterior ao HC n. 84.078/MG, veio corroborar os aspectos gerais dos discursos inflamados no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, sob o principal argumento de que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Diante desse contexto, a harmonização entre a segurança e a presunção de inocência permite a execução provisória da pena privativa de liberdade após o encerramento das instâncias ordinárias. Ademais, alegam que os discursos jurídicos nos julgamentos dos HC 84.078/MG e HC 126.292/SP, apenas comprovam as seguintes hipóteses: *i*) a Constituição Federal vincula o Poder Judiciário, nas suas decisões, à realização da segurança pública; *ii*) o ordenamento jurídico pátrio confere meios adequados para discutir eventual ilegalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, quais sejam, o habeas corpus e a possibilidade de atribuição do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário; e *iii*) uma interpretação sistemática da Constituição Federal, com amparo na proporcionalidade vista como proibição de insuficiência na proteção de outros direitos fundamentais, revela que a execução provisória da pena privativa de liberdade é providência comum e esperada após o encerramento da instância ordinária.

Dizem os adeptos da eventual viragem jurisprudencial que o último dos obstáculos (infraconstitucional) foi superado a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, ao revogar os artigos 26 a 29 da Lei n. 8.038/90, que diziam respeito aos recursos extraordinário e especial.

Destarte, como o NCPC afastou o óbice legal à concessão de efeito suspensivo a esses recursos (art. 1.029, § 5º c/c art. 995, parágrafo único), impedindo que a decisão recorrida produza os seus efeitos “quando houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”, chancelada estaria a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nessa linha, sustentam a revogação tácita do art. 637 do CPP, pois o NCPC regulamentou integralmente a matéria.

Na interpretação de qualquer ato normativo, desde um dispositivo constitucional até um simples artigo de uma resolução, por exemplo, o intérprete confere sentido ao texto escrito. Com efeito, a interpretação do direito não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade.

Em se tratando de princípios, a primeira ferramenta a ser observada consiste no seu caráter *prima facie*. “Princípios exigem que algo seja realizado na

maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.”

Justamente em função dessa característica, alegam eles que os princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Consequência (*catchanga rei*, diria Lenio Streck) disso: nenhum princípio tem valor absoluto, já que, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, ele apresenta um grau de satisfação variável.

Criticam o voto do decano Ministro Celso de Mello no HC 84.078-MG (basicamente reproduzido no HC 126.292-SP), por ter afirmado que a presunção de inocência “não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição”. Seguem em sua crítica ao voto do Min. Celso de Mello, por ele pontuar que essa circunstância significa que “mesmo que confirmada a condenação penal por Tribunal de Segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer, repita-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Pra eles, esse entendimento esposado pelo Ministro erige a presunção de não-culpabilidade em verdadeiro princípio absoluto. Diversamente, no HC n. 126.292-SP, elogiam os votos dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Barroso e Gilmar Mendes, reconhecendo o caráter de princípio da presunção de não-culpabilidade e a consequente variabilidade na sua satisfação, pois estes – na opinião deles - fundamentaram, com acerto, que, à medida que o processo avança e se demonstra a culpabilidade do réu, sua presunção de não-culpabilidade é relativizada. Zavascki foi enfático:

“(...) tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.”

Sob outro aspecto, o intérprete deve, sempre, valer-se de uma interpretação sistemática da norma. Nenhuma norma deve ser interpretada isoladamente, como

se não estivesse inserida num contexto normativo maior que lhe dá sentido e suporte. Afinal, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. Tampouco pode haver interpretação que não observe, por exemplo, a segurança enquanto parâmetro de integração e interpretação e objetivo fundamental da República. Portanto, o órgão julgador deve evitar interpretações que considerem apenas uma norma, ignorando a relação dela com as demais, sob pena de esvaziar cabalmente estas de sentido quando confrontadas com aquela.

Dentro daquilo a que nos propusemos, as compilações acima demonstram suficientemente os aspectos gerais dos discursos dos defensores da execução antecipada da pena. Entretanto, considerada a hierarquia das normas, quer nos parecer mais cautelosa a conclusão do ex-Ministro Eros Grau, quando disse que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. (HC 84.078-MG).

3. UMA LUPA NO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO HABEAS CORPUS N. 152.752-SP (Caso Lula):

Em estrita observância às diretrizes da metodologia científica e em respeito ao brilhante trabalho realizado a duas mãos pelos advogados Andrei Zenkner Schmidt e Guilherme Boaro, *ad cautelam* registramos que este capítulo lastreia-se na pesquisa por eles realizada, razão pela qual nos esforçamos para que fosse mantida a sua originalidade. O que ambos fizeram foi mais do que um artigo jurídico. Trata-se de uma busca pela consistência lógica dentro do discurso do Min. Barroso. Consta da referência o trabalho deles.

A importância deste capítulo reside na sua inarredável comparação com o título desta monografia (e na analogia ao conto *O Espelho*, de Machado de Assis), haja vista que, mais adiante, no próximo capítulo, os doutos membros da Banca Examinadora e os persistentes leitores que até lá chegarem haverão de constatar a *contradição/inconsistência lógica* implícita no discurso do Min. Barroso no julgamento do HC 152.752-SP, quando comparado com o seu voto, como relator, no julgamento da ADPF n. 347, onde ele declara, citando o que fez a Suprema Corte da Colômbia a respeito do sistema penitenciário de lá, que aqui no Brasil também existe um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário.

Aliás, assim como a Min. Rosa Weber (que 10 dias antes do julgamento do HC 152.752-SP havia votado pela proibição da execução antecipada da pena no Recurso Especial Eleitoral n. 12486-27.2009.6.20.0000/RN), o Min. Barroso também perdeu a metade da sua laranja epistêmica ao deixar que o seu brilho próprio (o da alma interior) fosse ofuscado pelas emoções vaidosas que a alma exterior extravasa diante das luzes dos holofotes, dos flashes das máquinas fotográficas e dos índices de audiência das sessões plenárias do STF.

Sabemos que um raciocínio lógico só é válido se suas premissas são logicamente sustentáveis. Se alguém afirma: está chovendo. Essa afirmação pode ser confirmada, basta que outrem olhe pela janela e verifique se está ou não chovendo. Se a resposta for sim, a afirmação é verdadeira; se a resposta for não, a afirmação é falsa. Isso vale – ou deveria valer – também para o discurso jurídico.

Se há uma garantia constitucional dizendo que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória (inc. LVII, art. 5º, CF/88), e se há uma norma processual infraconstitucional reproduzindo expressamente aquela garantia fundamental (art. 283, do CPP), é porque o raciocínio lógico do legislador constituinte está correto. Logo, honesta e hermeneuticamente analisando a questão, é imperativo categórico admitirmos que quando uma lei é clara, cessa toda e qualquer interpretação em sentido contrário. Simples assim.

Só que não. Passemos a lupa no voto do Min. Barroso.

Muito já se disse sobre o julgamento do HC 152.752 pelo STF. Esse é um dos temas, aliás, que parece não termos mais o que discutir, mas, sim, decidir. Nosso propósito não será referir argumentos prós ou contra a execução antecipada da pena, ou mesmo tentar demonstrar as contradições (e são muitas, gize-se) das linhas retóricas que ampararam todos os votos proferidos naquele julgamento. Nossa atenção está direcionada à análise crítica e detalhada de alguns dados fáticos apontados no voto do ministro Luís Roberto Barroso para justificar aquilo que denominou “**mutação constitucional**”.

Por mutação constitucional deve-se entender a forma de alteração do sentido do texto maior, sem, todavia afetar-lhe a letra. Trata-se de uma alteração do significado do texto, que é adaptado conforme a nova realidade na qual a constituição está inserida. Alteração promovida pelo poder constituinte difuso (STF, no caso). A mutação constitucional, porém, não é irrestrita. Este poder deve respeitar certos limites, tais como os princípios estruturantes do Estado e a impossibilidade de se subverter a literalidade de norma que não dê margem a interpretações diversas.

Ocorre que o ministro Barroso, fazendo uso de uma argumentação refinada e inteligente, iniciou sua fala descrevendo sete casos paradigmáticos supostamente aptos a ilustrar as razões que teriam levado à “mutação constitucional” de 2016. Esses sete casos paradigmáticos teriam o condão de contextualizar o porquê da superação do entendimento jurisprudencial vigorante a partir de 2009 (proibição de execução antecipada da pena), notadamente porque caracterizariam: “**a)** poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; **b)** reforço à

seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões de reais; c) descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade”.

A linha argumentativa adotada pelo ministro Barroso pode ser aceita como legítima se, e somente se, (i) os casos fáticos por eles citados retratarem exemplos reais em que a morosidade operou-se na instância extraordinária, (ii) a instância ordinária (iniciada com o dever de persecução penal surgido na data do crime e esgotada com o encerramento da jurisdição nos TJs ou nos TRFs) não tiver contribuído decisivamente para essa morosidade e (iii) os casos fáticos por ele citados não possuírem outros fatores determinantes para a morosidade.

Se uma ou mais dessas premissas não estiverem presentes nos sete casos paradigmáticos por ele citados, então o voto perderá, total ou parcialmente, sua legitimidade lógico-argumentativa, ou porque se baseia em substrato material fático incompatível com a argumentação, ou porque o ministro deveria buscar outros casos processuais aptos a justificar suas conclusões. Não se examinará, nas linhas que seguem, o restante da argumentação jurídica que constou no voto.

3.1. Fatos e fotos:

Alguém disse certa feita: “Contra fatos não existem argumentos”. Pensamento próprio do positivismo filosófico, a observação busca justificar que o objeto condiciona o sujeito, que os fatos detêm aptidão autônoma de significado. Não são necessárias mais do que duas ou três linhas para essa suposição ser facilmente superada. Não existem fatos, mas, sim, versões. Tudo que é dito é sempre dito por um observador (Maturana).

O voto proferido pelo ministro Barroso citou sete casos processuais paradigmáticos para justificar suas conclusões. Aparentemente, os sete casos guardariam coerência intrínseca com suas conclusões, pois efetivamente tratam de situações processuais em que a realização da justiça tardou. Mas tardou por quê?

Na condição de advogados, ficamos muito surpresos com a argumentação do ministro Barroso. Ficou a impressão de que nós, advogados (talvez não todos, mas, sim, os “maus” advogados, aqueles que utilizam recursos protelatórios), somos os responsáveis pela jurisdição morosa. Malditos advogados que impedem a

realização da justiça! Esse é o sentimento popular que repousa, atualmente, sobre nossa atuação. Quem advoga na área criminal sabe muito bem do que estamos falando.

Pois bem. Examinamos em detalhe os sete casos mencionados. Abaixo, consta exposição circunstaciada de cada um deles, cujos dados foram obtidos a partir de pesquisa de movimentação processual pública relacionada a cada um dos processos. Ao final iremos demonstrar que os dados fáticos dos casos citados pelo ministro Barroso não corroboram, em conjunto, as suas conclusões. Pelo contrário, atestam que na maior parte dos processos, a morosidade da jurisdição ocorreu por causa da atuação das instâncias ordinárias e/ou por razões não relacionadas a atos de defesa. Aos dados.

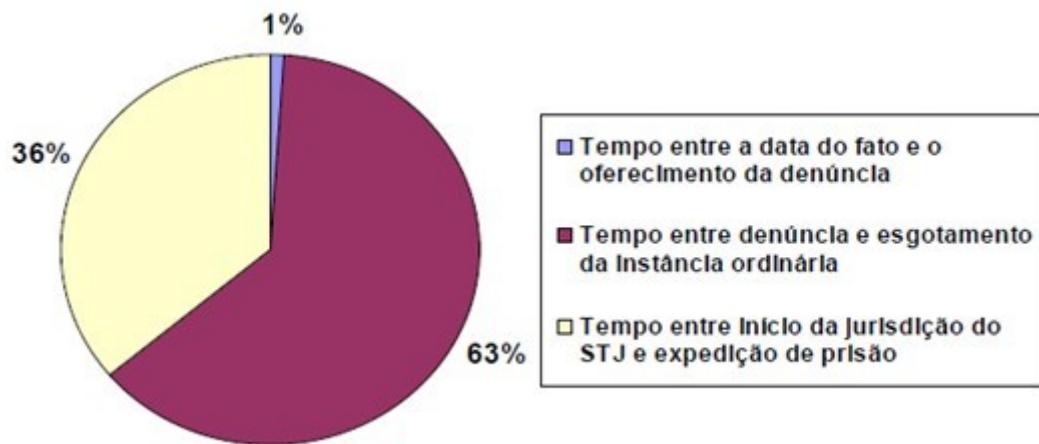
3.2. O “caso do jornalista”:

Detalhamento da tramitação: trata-se do fato envolvendo Pimenta Neves e o homicídio de Sandra Gomide. O crime ocorreu em 20/8/2000. A denúncia foi oferecida em 28/8/2000. O júri realizou-se no dia 5/5/2006. A apelação, distribuída em 5/7/2006, foi julgada em 26/12/2006. O recurso especial, distribuído em 11/12/2007 (REsp 1.012.187), foi julgado em 2/9/2008. Contra o acórdão, a defesa manejou embargos declaratórios em 22/10/2008, julgados em 11/12/2008. Os autos foram, então, remetidos ao STF, para exame do recurso extraordinário, que subiu via agravo de instrumento (AI 795.677). O recurso foi distribuído em 12/4/2010 e julgado em 24/5/2011, com expedição de ordem de prisão. Essa decisão foi publicada em 10/10/2011. Não foram interpostos embargos declaratórios.

Da análise dos 11 anos de tramitação entre o fato e a prisão, pode-se perceber que a instância ordinária foi a responsável pela maior morosidade do caso. Ao todo, foram mais de seis anos de tramitação (entre 2000 e 2006), sendo que boa parte desse período transcorreu em 1º grau de jurisdição. Os recursos especial e extraordinário foram julgados em quatro anos (entre 2007 e 2011). A defesa ingressou, ao todo, com um recurso especial, um embargo declaratório e um agravo de instrumento.

Conclusão: o caso, portanto, contradiz a conclusão do ministro. Não houve a interposição de recursos protelatórios. A maior demora ficou a cargo da jurisdição de 1º grau. A tramitação dos recursos no STJ e no STF, embora pudesse ser mais ágil, seguiu os padrões temporais normais. Digno de menção, ainda, que o STF

demorou quase cinco meses para publicar o acórdão que julgou o recurso extraordinário. Eis a representação gráfica do caso:



3.3. O “caso do senador” (ex-senador Luiz Estevão de Oliveira Neto):

Detalhamento da tramitação: a ação penal tramitou na 1^a Vara Federal Criminal de SP (2000.61.81.001198-1) contra quatro réus. Os fatos teriam ocorrido em 1992. A ação penal só foi proposta pelo Ministério Público Federal em fevereiro de 2000, julgada em 26/6/2002. No mérito, absolutória em relação a Luiz Estevão. O processo chegou ao TRF da 3^a Região em 10/10/2005 (0001198-37.2000.4.03.6181). Em 3/5/2006, o TRF da 3^a Região julgou as apelações, reformando a sentença absolutória contra Luiz Estevão para condená-lo a penas de 31 anos de reclusão. As defesas e o *parquet* manejaram embargos de declaração, julgados em 27/11/2006. Os recursos especial e extraordinário foram distribuídos em 31/1/2007. A decisão que não admitiu os recursos foi proferida em 19/6/2007. Em 29/1/2009, foram interpostos agravos de instrumento contra as decisões denegatórias, distribuídos no STJ em 15/4/2009. Em 17/12/2009, os agravos de instrumento foram providos para que os recursos especiais fossem remetidos à corte (AIs 1.141.033/SP, 1.140.482/SP e 1.140.485/SP). Em 16/3/2010, os recursos especiais foram autuados (REsp 1.183.134/SP), sendo julgados em 21/12/2012. Opostos embargos declaratórios, julgados em 7/5/2013. No STJ, o feito teve, ainda, uma tramitação com diversas medidas de impugnação interpostas pelas defesas, tais como agravo regimental, novos embargos declaratórios e outro recurso extraordinário. O processo só foi encaminhado ao STF em 10/11/2014 (ARE 851.109). Em 10/6/2014, o STF concedeu Habeas Corpus (HC 118.856) anulando o

processo em relação a um dos réus (José Eduardo Ferraz). O agravo improvido em 7/6/2015. Embargos de declaração providos sem efeito modificativo em 26/8/2015. Agravo regimental improvido em 9/12/2015. Em 23/2/2016, comunicado o julgamento ao juízo de origem. Em 7/3/2016, expedido o mandado de prisão.

Da data do crime até o esgotamento da instância ordinária, transcorreram 17 anos (de 1992 a 2009). Desse interregno, é importante salientar que a ação penal foi proposta apenas em 2000, ou seja, em razão da morosidade do inquérito policial (não localizamos o tempo de duração do IPL) e/ou pelo conhecimento tardio das infrações penais, o caso permaneceu por oito anos sem prestação jurisdicional. Outro dado que chama a atenção é que a jurisdição do STJ só iniciou (na análise do REsp) em abril de 2009, ou seja, o TRF da 3^a Região demorou dois anos e cinco meses para examinar a admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, bem como para processar os agravos de instrumento interpostos pelas partes. Do início da jurisdição do STJ (abril de 2009) até a expedição dos mandados de prisão (março de 2016), transcorreram quase sete anos. Nesse período, a defesa dos réus manejou um número significativo de recursos criminais, alguns deles providos (inclusive com uma nulidade flagrante reconhecida pelo STF em relação a um dos réus).

Conclusão: transcorreram 24 anos entre a data do fato (1992) e a data da prisão (2016). Do total, oito anos entre a data do fato e a propositura da ação penal, nove anos entre o recebimento da denúncia e o início da jurisdição do STJ, e sete anos entre o início da jurisdição do STJ e a expedição dos mandados de prisão. Esses dados também contradizem a argumentação do ministro Luís Roberto Barroso — no sentido de que a jurisdição do STJ e do STF seria decisiva para o “descrédito do sistema de Justiça Penal” —, pois 70,8% do tempo de tramitação do caso deveu-se à condução pelas instâncias ordinárias, ao passo que 29,1% do tempo foi gerenciado pelo STJ e STF. Abaixo, o gráfico da tramitação processual do caso:



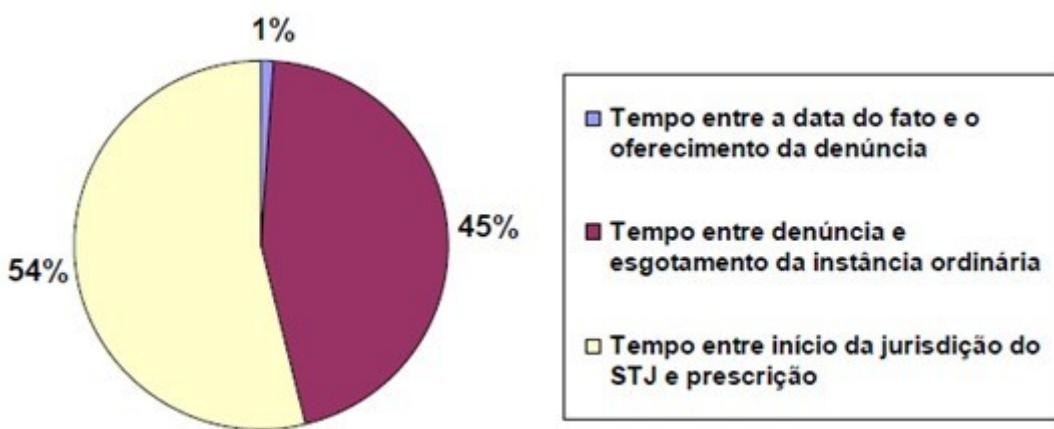
3.4. O “caso do jogador de futebol”:

Detalhamento da tramitação: trata-se do episódio relacionado ao jogador Edmundo. O caso ocorreu em 2/12/1995. A denúncia foi oferecida em 10/1/1996 (Processo 0011275-80.1996.8.19.0001). Sentença condenatória em 5/3/1999. Apelação interposta em 11/3/1999, julgada pelo TJ-RJ em 5/10/1999. O recurso especial interposto no TJ-RJ foi distribuído no STJ em 7/2/2001 (REsp 302.636), sendo julgado pela 6ª Turma em 24/6/2003. A publicação ocorreu somente em 19/12/2003, quase seis meses após a decisão. Embargos de declaração julgados em 1º/6/2004. O acórdão só foi publicado em 8/8/2005, isto é, um ano e dois meses após o julgamento. Embargos de divergência (EREsp 302.636) rejeitados monocraticamente em 19/6/2007. Embargos de declaração com seguimento negado em 16/8/2007. Agravo regimental improvido em 25/11/2009. O caso foi então remetido ao STF para exame do agravo de instrumento contra a decisão que não conheceu o recurso extraordinário (AI 794.971), autuado em 7/4/2010. Em 9/9/2011, o ministro Joaquim Barbosa reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição operada em 25/10/2007. A PGR ingressou com agravo regimental, cujo julgamento, iniciado em 4/11/2014, foi interrompido até o julgamento final do ARE 848.107, que trata de matéria semelhante.

Os dados do processo indicam que, entre a data do fato (2/12/1995) e o oferecimento da denúncia (10/1/1996), transcorreram dois meses. A jurisdição ordinária findou em 7/02/2001, ou seja, cinco anos após a propositura da ação penal. A instância extraordinária, iniciada em fevereiro de 2001 no STJ, transcorreu até o dia em que extinta a punibilidade pela prescrição, em 25/10/2007,

reconhecida no STF pelo ministro Joaquim Barbosa em 9/9/2011.

Conclusão: esse foi o primeiro caso referido pelo voto do ministro Luís Roberto Barroso em que, efetivamente, a tramitação dos recursos extraordinários superou a persecução penal e a instância ordinária. Foram seis anos de jurisdição exercida pelo STJ e pelo STF antes da prescrição, em face de dois meses de investigação e de cinco anos de tramitação do caso na Justiça estadual do Rio de Janeiro. Contudo, é importante referir que duas decisões proferidas no STJ levaram, em conjunto, aproximadamente um ano e oito meses apenas para serem publicadas. Graficamente, temos:



3.5. O “caso do suplente de deputado federal”:

Detalhamento do caso: o ex-deputado federal Pedro Talvane Luis Gama de Albuquerque Neto foi condenado pelo homicídio da então deputada federal Ceci Cunha e de seus familiares. O crime ocorreu em 16/12/1998. O Ministério Público de Alagoas ofereceu denúncia em 8/3/1999 contra quatro réus que não detinham prerrogativa de foro, requerendo a extração de cópias para remessa ao STF, em razão da prerrogativa do ex-parlamentar federal.

No STF, a denúncia foi oferecida em 7/7/1999 (Inq. 1.461). Com a cassação do mandato do parlamentar, a acusação foi remetida à Justiça estadual de Alagoas (decisão de 31/8/1999, ministro Sepúlveda Pertence). Todas as acusações foram reunidas, na fase de pronúncia, numa única ação penal (Processo 176/99).

Uma vez pronunciados, os réus interpuaram recursos em sentido estrito. Também recorreu a assistência da acusação, alegando a incompetência da Justiça estadual para processar o feito, haja vista a condição de parlamentar federal como vítima do delito.

O TJ-AL, em 19/10/2004 (autos 9005860-20.9999.8.02.0000), reconheceu a incompetência da Justiça estadual, remetendo os autos à 1ª Vara Federal de Alagoas (Processo 200580000027768).

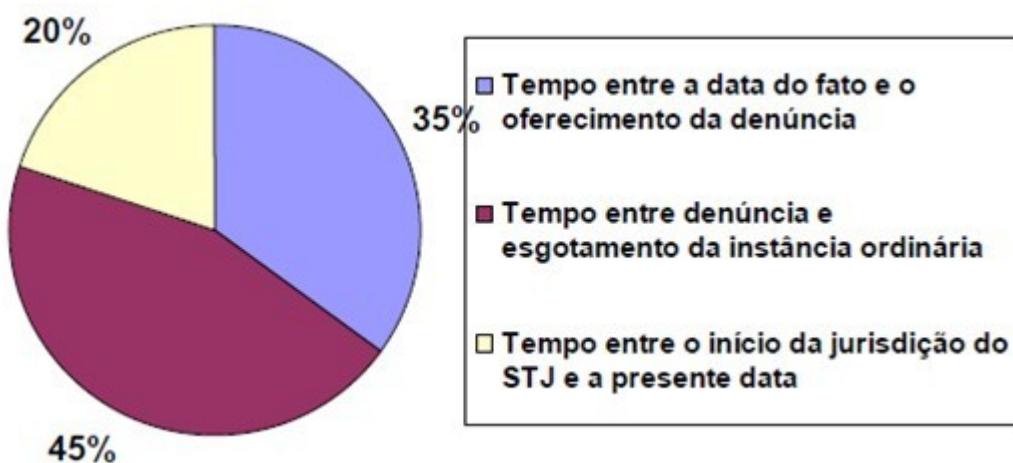
O caso foi distribuído em 3/5/2005, sendo que o MPF ratificou a denúncia em 23/5/2005. O juiz federal competente permaneceu com os autos conclusos até 6/12/2006, ocasião em que proferiu despacho reconhecendo a competência da Justiça Federal, saneando o feito. Interessante referir a justificativa judicial do atraso: “Confesso que, talvez por não ser alagoano de nascimento e por não residir neste Estado na época dos fatos, custei a entender as particularidades do caso, as idas-e-vindas procedimentais, as várias versões para o delito contadas pelas partes.” A mesma decisão ainda trouxe o seguinte ponto, digno de menção: “somente depois de mais de seis anos é que a dourada Justiça Estadual alagoana reconheceu sua incompetência absoluta, situação que poderia (deveria) ter sido constatada logo no início da ação”.

Os réus foram novamente pronunciados em 9/10/2007. O júri foi realizado em 19/1/2012. As apelações interpostas pelos réus foram julgadas em 30/4/2013 pelo TRF da 5ª Região. Os embargos declaratórios foram julgados em 26/9/2013. Três dos réus condenados ingressaram com recursos especial e extraordinário, cujo juízo de admissibilidade, realizado em 19/2/2014, foi positivo apenas em relação a Pedro Talvane. O caso foi remetido pelo TRF da 5ª Região ao STJ em 10/5/2014. Autuado como REsp 1.449.981, o caso encontra-se, hoje, pendente de julgamento.

Conclusão: a causa principal da morosidade está na atabalhoada propositura da ação penal pelo Ministério Público de Alagoas. Foi necessário que a assistência de acusação, em seu recurso em sentido estrito, alertasse o TJ-AL para o óbvio: o homicídio de uma parlamentar federal, relacionado ao exercício da sua função (o suplente desejava ocupar a sua vaga), é de competência da Justiça Federal. Entre a data do fato (16/12/1998) e a data em que reiniciado o processo na Justiça Federal (3/5/2005) transcorreram quase sete anos, ou seja, um período desperdiçado por exclusiva culpa da acusação. Uma sucessão de outros eventos — não imputáveis à defesa ou a recursos protelatórios — contribuíram para a demora. O juiz federal levou um ano e sete meses com os autos conclusos para sanear o processo. Entre a pronúncia e o júri, transcorreram quase cinco anos. Na verdade, o início da jurisdição da instância extraordinária (a cargo do STJ) operou-

se apenas em maio de 2014. Sim, é um excesso de prazo lastimável que até hoje o recurso especial não tenha sido analisado. Mas o que se pode dizer dos demais excessos de prazos acima pontuados?

Foram quase sete anos entre a data do fato (16/12/1998) e a data do oferecimento da denúncia (23/5/2005) perante o juízo competente. Entre o recebimento da denúncia e o esgotamento da instância ordinária (10/5/2014), transcorreram aproximadamente nove anos. E entre o ingresso dos autos no STJ (10/5/2014) e a presente data, quase outros quatro anos. Eis a representação gráfica do caso:

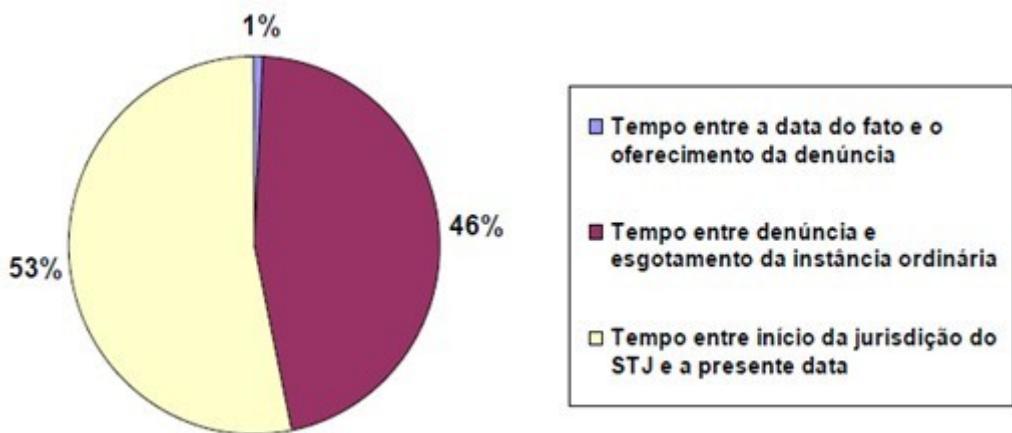


3.6. O “caso da missionária Dorothy Stang”:

Detalhamento da tramitação: o caso tramitou na Ação Penal 0003162-50.2010.8.14.0401, na 2^a Vara do Tribunal do Júri de Belém/PA. O crime ocorreu em 12/2/2005. A investigação, concluída rapidamente, embasou denúncia oferecida em 7/3/2005. O júri veio a ser realizado só cinco anos depois, em 30/4/2010. Condenado, o réu apelou. O TJ-PA julgou o recurso em 6/9/2011. O recurso especial interposto não foi conhecido no TJ-PA, sendo que o agravo contra a referida decisão foi encaminhado ao STJ em 9/12/2011 (autuado como AG 1.429.695). Em 6/3/2012, o ministro Campos Marques negou provimento ao agravo. Foram interpostos, sucessivamente, embargos de declaração e agravo regimental. Em 5/3/2013, o ministro Campos Marques deu provimento ao agravo regimental, determinando a subida do recurso especial (até então, no TJ-PA) ao STJ. Somente seis meses depois é que o processo ingressou novamente no STJ, autuado como REsp 1.405.233. Em 18/5/2017, o recurso especial foi parcialmente provido, sendo redimensionada a pena. Defesa e Ministério Público Federal ingressaram com

agravos regimentais, improvidos em 27/6/2017. Opostos embargos de divergência, indeferidos liminarmente, porém submetidos ao colegiado via agravo regimental. Decisão da 3^a Seção em 27/2/2018, embargada e confirmada em 11/4/2018.

Conclusão: desde a data do fato até a presente data, transcorreram aproximadamente 13 anos. A instância ordinária esgotou-se ao cabo de quase seis anos. A jurisdição do STJ prolongou-se por quase sete anos, ou seja, temos aproximadamente metade da tramitação em cada segmento. Os recursos interpostos na instância extraordinária longe estão de ser considerados procrastinatórios. Apenas para ilustrar, veja-se que o agravo de instrumento contra o não conhecimento do recurso especial, assim como o agravo regimental contra o provimento apenas parcial do recurso especial, foram providos. Só no intervalo entre a primeira remessa dos autos ao STJ (9/12/2011) e a entrada do recurso especial (2/9/2013) transcorreram quase dois anos. É correto afirmar que a defesa lançou mão de diversos outros recursos. Mas o provimento interno de pelo menos dois deles no STJ não pode ser desprezado como fator importante de análise de eventual procrastinação indevida do feito. A propósito, todos os recursos interpostos detinham previsão legal. Eis o gráfico:



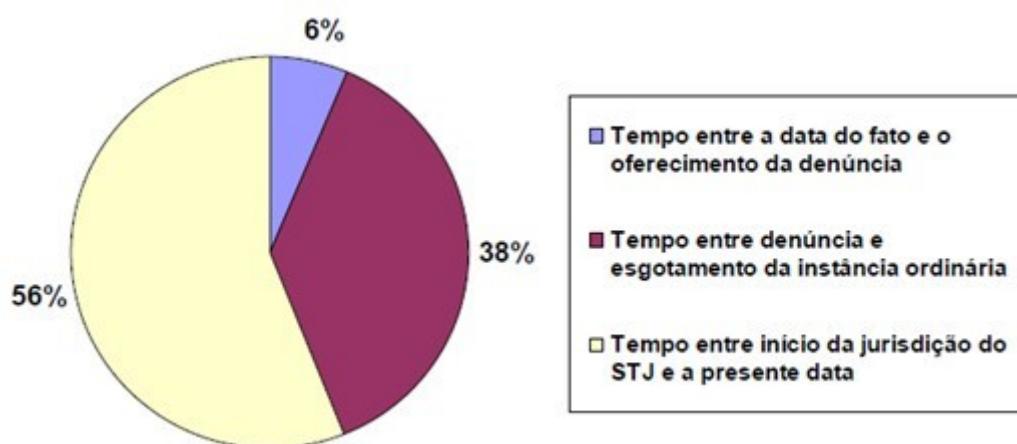
3.7. O “caso do propinoduto”:

Detalhamento da tramitação: o feito tramitou na 3^a Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (Processo 200351015002810). Os delitos teriam ocorrido entre 1999 e 2002. A denúncia foi oferecida em 21/3/2003, acolhida em sentença datada de 31/10/2003. Os autos foram remetidos, com os recursos interpostos, ao TRF da 2^a Região em 4/3/2004. O acórdão relativo ao julgamento das apelações foi publicado em 31/10/2007. Uma particularidade que o voto do ministro Barroso omitiu foi o fato

de que a tramitação dos demais recursos cabíveis, perante o TRF da 2ª Região, perdurou até 2/12/2009, ou seja, mais de dois anos após o julgamento das apelações. Outro aspecto relevante é que ingressaram com recursos especiais tanto o Ministério Pùblico Federal quanto as defesas. Tais recursos foram distribuídos no STJ em 14/12/2009 (REsp 1.170.545). O mérito foi julgado em 2/12/2014. Desse momento em diante, houve, de fato, uma sucessão de recursos de embargos declaratórios interpostos pelas defesas, reputados protelatórios pela relatoria em 1º/8/2017. Os autos foram enviados ao STF, onde os recursos extraordinários encontram-se pendentes de análise.

Da data dos últimos delitos apurados (2002) até a presente data, transcorreram aproximadamente 16 anos. A instânciia ordinária esgotou-se em sete anos, ao passo que apenas a jurisdição do STJ perdurou oito anos. Existem pontos relevantes a serem destacados, apontando para uma morosidade injustificável: primeiro, os mais de três anos que o TRF da 2ª Região levou para julgamento das apelações; segundo, os mais de dois anos que o TRF da 2ª Região levou para remessa dos autos ao STJ após o julgamento das apelações; terceiro, os cinco anos que o STJ levou para julgar o mérito dos recursos especiais (das defesas e da acusação, frise-se); quarto, a interposição de recursos protelatórios pelas defesas, durante quase três anos.

Conclusão: efetivamente, o caso é um exemplo a ser citado de morosidade da jurisdição. Mas longe, muito longe está, ao contrário do sustentado pelo ministro Barroso, de a interposição de recursos protelatórios ter sido a causa principal disso. O TRF da 2ª Região ficou com os autos durante cinco anos; o STJ levou iguais cinco anos para julgar recursos da acusação e da defesa. Graficamente, temos:



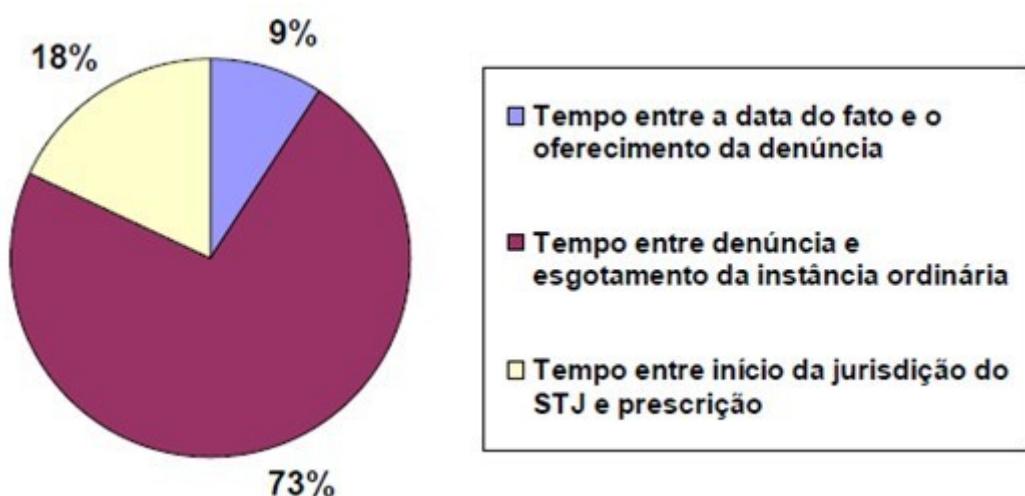
3.8. “caso do primeiro beneficiário da mudança da jurisprudência em 2009”:

Detalhamento da tramitação: Omar Coelho Vitor foi acusado da prática de crime de homicídio em 18/5/1991. A denúncia foi formulada em 23/4/1993. Foi julgado duas vezes pelo Tribunal do Júri: a primeira foi anulada pelo STJ em 21/5/1998, em recurso especial interposto pela defesa (REsp 120.140). Motivo: o juiz presidente entendeu incompatíveis os parágrafos 1º e 2º do artigo 121 do CP. O segundo júri resultou em sentença condenatória no dia 11/5/2000. O recurso de apelo foi submetido ao TJ-MG, que o denegou em 16/3/2001 (Apelação 000.197.933-5/00). Contra o acórdão, foi interposto recurso especial, distribuído no STJ em 19/2/2002 (REsp 403.551). Em 10/4/2008, quatro anos após adentrar no STJ, a ministra Maria Thereza de Assis Moura observou que o TJ-MG não havia realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial, baixando os autos a fim de ser suprida a falha processual. O TJ-MG conheceu o recurso e remeteu os autos novamente ao STJ. Em 1º/10/2009, o recurso foi não conhecido pela relatora. Interposto agravo regimental, julgado em 3/11/2009. Interpostos embargos de declaração, acolhidos (sem efeito modificativo) em 11/12/2009. Novos embargos de declaração, rejeitados em 23/2/2010. Opostos embargos de divergência, indeferidos liminarmente em 20/4/2010. Agravo regimental julgado em 22/6/2011 e novos embargos declaratórios denegados em 24/8/2011. O recorrente postulou a extinção da punibilidade pela prescrição, sendo que o relator determinou a baixa ao TJ-MG para que as peças integrais fossem enviadas. Após idas e vindas do processo no STJ, decisão proferida em 24/2/2014 reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição, operada em 16/3/2013.

Eis o cenário processual: foram 22 anos de tramitação. A denúncia foi oferecida aproximadamente dois anos após o crime. Desse momento em diante, o processo apresentou dois erros grosseiros, que retardaram severamente a tramitação do caso: a anulação do júri em razão da (in)compatibilidade entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 121 do CP (assunto há muito consolidado na jurisprudência); a não realização do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo TJ-MG. Levamos em consideração o esgotamento da instância ordinária como sendo em outubro de 2009, pois o lapso operado entre 2002 e 2009 serviu tão-somente para a correção desse erro. Ou seja, a jurisdição ordinária prolongou-se por 16 anos aproximadamente. Já a jurisdição do STJ, iniciada regularmente em

outubro de 2009, prolongou-se por aproximadamente quatro anos até a data da prescrição (16/3/2013).

Conclusão: a maior razão pela morosidade do processo deveu-se a equívocos processuais grosseiros nas instâncias ordinárias (anulação do júri e não realização do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo TJ-MG). A defesa, é verdade, interpôs diversos recursos no STJ, mas veja-se que, do lapso prescricional de 12 anos incidente no caso, apenas quatro desses anos tramitaram na instância extraordinária. Eis a representação gráfica:



3.9. Análise final:

Todos os casos citados são lamentáveis, porque efetivamente representam uma jurisdição morosa. Mas uma lupa nos detalhes de todos eles (e a mesma lupa poderia ser refeita em todos os processos penais brasileiros, com conclusões que certamente seriam bem piores) está muito longe de corroborar a linha argumentativa utilizada pelo ministro Barroso. As feridas são bem mais amplas do que as apontadas por ele.

Dos sete casos citados, quatro (Pimenta Neves, Luis Estevão, Pedro Talvane e Omar Coelho Vitor) tiveram uma instância ordinária mais morosa que a instância extraordinária, ou seja, a propalada letargia da jurisdição (capaz de propiciar a extinção da punibilidade pela prescrição, a tardia execução da pena ou a contemporânea pendência de solução final do caso) não pode ser atribuída à lenta tramitação dos recursos no STJ ou no STF, ou à interposição abusiva de recursos pela defesa.

Nesses quatro casos citados, são observadas verdadeiras bizarrices processuais que contribuíram, total ou parcialmente, para a tão criticada morosidade: ação penal proposta em juízo evidentemente incompetente; juiz federal que permanece com os autos conclusos durante um ano e sete meses; tribunal que se esquece de realizar juízo de admissibilidade em recurso especial; júri anulado por teimosia de juiz presidente; acórdãos levando tempo inimaginável para publicação etc. Nada disso está relacionado com interposição abusiva de recursos, tampouco com jurisdição extraordinária morosa.

Dos sete casos citados, apenas três (Dorothy, Edmundo e Propinoduto) ilustram uma morosidade processual predominante na instância extraordinária. Em alguns deles, é verdade, foi observada a interposição de recursos protelatórios. Mas em alguns dos casos também foram notadas anomalias processuais não imputáveis a medidas defensivas. Num dos casos, dois acórdãos, em conjunto, levaram um ano e oito meses para serem publicados pelo STJ; em outro, o TRF levou cinco anos para esgotar sua jurisdição, e assim por diante. Apesar de três casos citados pelo ministro Barroso terem a sua morosidade relacionada, em alguma medida, a estratégias defensivas que até se poderiam cogitar abusivas, esses mesmos casos contaram com contribuição não menos relevante da instância ordinária.

De tudo o que foi visto acima, não se irá negar que excessos no exercício da defesa podem contribuir para um atraso na prestação jurisdicional. Mas é sempre bom lembrar que a jurisdição possui outros mecanismos — que não fomentar imediatamente a execução antecipada da pena — para tolher distorções dessa natureza. Basta lembrar situações corriqueiras em que um ministro relator, deparando-se com recursos procrastinatórios, determina que os autos sigam tramitando, com a juntada em separado dos pedidos abusivos da defesa (em linha). Ou seja: o problema não é o abuso na interposição de recursos, mas, sim, omissão judicial em impedi-lo.

Para além disso, cremos que as razões de uma jurisdição morosa e socialmente desacreditada devem ser apontadas em toda a sua dimensão, não havendo espaço para seleção de dados no interesse do intérprete. Toda essa complexidade deve ser levada a conhecimento da sociedade em geral (afinal de contas, não é o “sentimento de impunidade” que está produzindo jurisprudência?) e da comunidade jurídica antes de qualquer avaliação razoável do objeto do

julgamento.

O voto do ministro Barroso no HC 152.752 debitou, na conta do uso abusivo de recursos perante o STJ e o STF, um passivo que possui outros devedores solidários bem mais relevantes. É chegada a hora de colocarmos em xeque o papel que todas as agências penais (Judiciário, Ministério Público, policiais, advogados etc.) vêm desempenhando para o descrédito na jurisdição.

Que dizer do artigo 62, II, da Lei 5.010/66 (que prevê excrescentes feriados de Quarta-feira Santa e Quinta-feira Santa para a Justiça Federal)?

Por que o STJ não amplia o número mínimo de ministros previsto na Constituição (artigo 104) de modo a ter uma estrutura adequada para uma jurisdição célere?

Quanto tempo dura, em média, um inquérito policial?

A atuação do Ministério Público vem obedecendo aos prazos legais?

Os juízes (inclusive, ministros) proferem seus despachos e suas sentenças em prazos razoáveis?

As audiências são designadas com rapidez e com controle cartorário efetivo?

Os servidores do juízo estão efetivamente preocupados com a tramitação célere de um processo?

Os recursos tramitam em tempo hábil nos tribunais?

A jurisdição brasileira (ordinária e extraordinária) pode ser considerada, de uma maneira geral, respeitosa, célere e efetivamente preocupada com uma distribuição justa do poder punitivo?

Essas perguntas poderiam ser aqui multiplicadas. Quem labuta na área criminal sabe que, com muita frequência, deparamo-nos com policiais, membros do Ministério Público, juízes, advogados e servidores que desempenham suas atividades com competência, zelo, respeito e celeridade. Não será aqui que iremos cometer o erro da generalização. Mas quem conta com essa mesma experiência também sabe que parcela significativa desses profissionais atua de forma ilegal, desidiosa e preguiçosa, beirando, às vezes, à prevaricação.

O curioso é que o STF, ao valer-se da letargia da jurisdição para justificar a execução antecipada da pena, não tenha efetivamente colocado o dedo na ferida de todos os fatores que têm levado a população e os operadores do Direito a não mais confiar no Poder Judiciário. Enquanto isso não ocorre, seguimos com esse jeito tupiniquim de correção da seletividade do poder punitivo: em vez de melhorar

o sistema, submetemos cada vez mais pessoas (e as mais vulneráveis são sempre as que mais sofrem) às suas distorções.

No próximo capítulo veremos que o Min. Barroso, como Relator da ADPF 347, foi acompanhado pelo plenário virtual do STF na declaração de existência de um ECI – Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Eis aqui o *busílis* que revela a inconsistência lógica do discurso – mais político do que jurídico – do Min. Barroso. Os fatos sociais e a realidade calamitosa do sistema penitenciário brasileiro solapa as bases em que ele construiu o voto a favor da execução antecipada da pena. **É uma espécie de *Harakiri epistêmico*.**

4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: A origem e o significado dessa declaração.

De antemão urge ressaltar que a tese do ECI – Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário tem a sua origem na Corte Constitucional da Colômbia. Lá também foi declarado que o sistema penitenciário havia falido e fracassado na sua missão legalmente atribuída: *executar a pena efetivada na sentença condenatória transitada em julgado nos limites da lei e respeitando-se a dignidade humana da pessoa do condenado.*

Com base na opinião de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que é advogado, professor adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UERJ, ex-assessor de Ministro do STF, mestre e doutor em Direito Público pela UERJ, podemos dizer, por analogia ao que foi declarado pela Corte Constitucional Colombiana, que quando o STF declara existir um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro *a corte está afirmindo a existência de um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.*

Diante da gravidade excepcional da situação fática dos presídios e da população carcerária, o STF afirma-se legitimado a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades preexistentes.

Os três pressupostos a seguir elencados caracterizam um Estado de Coisas Inconstitucional: *i) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; ii) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; iii) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas*

políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Além disso é de bom alvitre ressaltar que, reconhecida a complexidade da situação, a Corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas.

No caso do sistema penitenciário brasileiro, o que significa essa declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, se é de conhecimento público e notório que os presos constituem uma minoria quando comparada a sua população com a dos mais de 205 milhões de brasileiros? Quais seriam os motivos reais e os possíveis motivos aparentes por trás dessa declaração?

Seria a falta de dotação de recursos financeiros na Lei de Diretrizes Orçamentária da União, ou seria a má gestão desses recursos e o desvio de finalidade quando da sua aplicação na busca pela efetiva solução desse ECI no sistema penitenciário?

Abaixo abordaremos alguns aspectos do FUNPEN e seus recursos.

4.1. Qual a finalidade da criação do Fundo Penitenciário Nacional?

O Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) foi criado no dia 7 de janeiro de 1994 com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar os programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Passados mais de 20 anos da sua criação podemos constatar que as pessoas nomeadas pelos sucessivos Presidentes e Presidenta da República falharam na gestão e na administração dos recursos financeiros do FUNPEN. As centenas de mortes ocorridas nos interiores dos presídios durante as reiteradas rebeliões noticiadas e até transmitidas ao vivo pela televisão e nas mídias sociais comprovam isso. Aliás, analisada sob a lupa da **semiologia**, a declaração do colendo STF no julgamento da ADPF n. 347 é um signo que resume essa ópera.

Observemos que em 1994 a população carcerária era de cerca de 130 mil

presos e o déficit de vagas era de 74 mil. Atualmente os relatórios do CNJ apontam para uma superpopulação carcerária que ultrapassa os 700 mil presos. Portanto, o déficit de vagas é superior a 354 mil. *Pasmen!*

Diante desse quadro dantesco que representa o sistema penitenciário brasileiro o Conselho Nacional de Justiça lançou recentemente o Projeto “Cidadania nos Presídios”. Segundo o CNJ esse projeto é muito mais que uma proposta de atualização de processos. É uma iniciativa do CNJ visando o reconhecimento e a valorização de direitos, em sentido amplo, das pessoas presas. Nesse projeto se discute uma nova dinâmica e metodologia para o sistema de execução e fiscalização das penas, revendo o funcionamento das varas de execução penal e a superocupação dos presídios, com o reforço da interlocução e interação de todos aqueles que intervêm no processo e nas rotinas da execução penal, tendo esse projeto aptidão para tornar o sistema de justiça “mais humano, aproximando o juiz e a sociedade do jurisdicionado”.

Os dados atualizados do CNJ dizem que os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos. E o modelo de encarceramento que praticamos, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão. O tratamento digno e com respeito aos presos é o primeiro passo que se dá na tentativa de regenerar a vida daqueles que um dia haverão de estar entre nós, na sociedade. Essa é a finalidade para a qual foi criado o FUNPEN.

4.2. O FUNPEN em números:

Falando diretamente das dotações orçamentárias, desde a sua criação em 1994 até o ano de 2011 o FUNPEN arrecadou cerca de R\$ 6,5 bilhões, isso de acordo o FUNPEN em Números, divulgado em 2012 no site do Ministério da Justiça. Conforme esse referido relatório, até o ano de 2011 o fundo repassou às unidades federativas ou ele próprio executou cerca R\$ 3 bilhões.

Indaga-se: será que com um investimento da ordem de R\$ 3 bilhões, bem planejado e executado de forma diligente e transparente por essas pessoas

nomeadas pelos sucessivos governos federais, estaduais, municipais e até as ONG's e as empresas terceirizadas envolvidas nesse **business** altamente lucrativo, estaríamos falando aqui sobre um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro e sobre execução antecipada da pena diante desse quadro?

Aqui se faz necessária uma pausa para reflexão, antes de prosseguirmos.

No ano de 2014 o saldo contábil do FUNPEN totalizou R\$ 1,8 bilhão. O problema, dizem os burocratas, é que embora as receitas ingressem – sobretudo as provenientes das loterias da CEF– as dotações do fundo no orçamento da União praticamente não saem do papel. O próprio Ministério da Justiça reconhece o contingenciamento. Essa perversa política de governo sob a aparência de controle dos recursos a serem gastos para que possa ser atingida a meta de superávit todo o ano é realizado por meio do Decreto de Contingenciamento dos ministérios da Fazenda e Planejamento. A norma dispõe sobre a programação orçamentária e financeira e estabelece o cronograma de desembolso do Poder Executivo. “A diferença entre o Orçamento Autorizado e o Orçamento Utilizado representa o crédito orçamentário que não pode ser utilizado em razão do contingenciamento”, explica o FUNPEN em Números.

Cronologicamente, no ano de 2000 os valores contabilizados atingiam apenas R\$ 175,5 milhões. A partir de 2004 as disponibilidades do fundo superaram os R\$ 300 milhões. Em 2008, 2009 e 2010 os valores foram de R\$ 514,7 milhões, R\$ 610,3 milhões e R\$ 795,6 milhões, respectivamente.

O mais impressionante de tudo isso é que, desde o ano de 2011, o saldo contábil do fundo ultrapassou a barreira dos bilhões. Em 2012 o valor das disponibilidades alcançou R\$ 1,4 bilhão, passando para R\$ 1,8 bilhão em 2013.

Os burocratas nomeados pelos sucessivos governos alegam que as dotações orçamentárias anuais não saem do papel. Entretanto, entre os anos de 2001 até 2013, os recursos previstos no Orçamento Geral da União (OGU) somaram R\$ 6,5 bilhões, e desse montante “apenas” R\$ 3 bilhões foram utilizados pela União.

Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300. E ainda querem antecipar

a execução da pena!

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 604.415 – a população carcerária saltaria para quase 1,5 milhões de detentos.

Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço e de condições mínimas de higiene, além da exposição diurna a doenças diversas, somadas ao mal treinamento dos profissionais que atuam no sistema penitenciário, aliada à corrupção que grassa nesse meio, tudo isso resulta em violência, mortes e rebeliões, os quais são os grandes desafios dos gestores do setor.

Os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesse ambiente de ECI do sistema penitenciário.

4.3. A Medida Provisória n. 755/2016 e a desvinculação das receitas orçamentárias do superávit primário do FUNPEN:

No final de 2016, logo após o afastamento da Presidenta Dilma Rousseff, esse atual e aparvalhado governo encaminhou ao congresso nacional a MP n. 755/2016 que, num dos seus dispositivos, mandou desvincular 30% do superávit financeiro legalmente vinculado ao FUNPEN e apurado ao final do exercício de 2016. Só em 2015 o superávit financeiro foi estimado em R\$ 873 milhões.

Esses 30% representados em centenas de milhões de reais seriam destinados ao recém criado FNSP – Fundo Nacional de Segurança Pública. Ou seja, diante de um declarado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário, vem os políticos que (des)governam o Estado e criam mais um buraco negro na estrutura de um sistema que eles mesmos dizem estar falido, gerando assim a oportunidade para eles mesmos nomearem livremente dezenas de pessoas para cargos públicos – e sem concurso, obviamente - e sem qualquer tipo de controle da finalidade e dos gastos dos recursos destinados ao FNSP.

Ademais, a MP n. 755/2016 promove alterações em diversos dispositivos da Lei Complementar n. 79/1994 e da Lei n. 11.473/2007, mexendo em aspectos pertinentes ao financiamento e ao funcionamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Refletindo sobre essas relações entre os Poderes Executivo e Legislativo no que se refere ao discurso retórico quando se fala do sistema penitenciário e do tratamento dispensado à sua população majoritária (pobres, pretos e analfabetos), é fácil ter a percepção de que eles – os presos - possuem poucas condições de participar do debate público, notadamente porque o preso condenado definitivamente tem os seus direitos políticos suspensos enquanto perdurar os efeitos da condenação. Eles não votam, mas ainda assim entre os anos de 2001 e 2013 os burocratas que administraram o DEPEN-FUNPEN “gastaram” mais de R\$ 3 bilhões no sistema penitenciário brasileiro.

4.4. O sistema penitenciário está nesse ECI por quê? Falta de recursos financeiros ou má gestão na sua administração?

Não obstante essas estranhas contradições legislativas, a nossa Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84) e a posterior Constituição Federal de 1988, no que se refere aos Direitos dos Presos, é uma das mais avançadas do mundo. Destacam-se, no horizonte constitucional, as seguintes garantias fundamentais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVIII, “e”); é assegurado que o cumprimento de pena se dê em estabelecimentos penais distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); é garantido que ninguém será privado de sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV); temos o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII); é assegurado que o preso será informado dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII); é garantido que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); inclusive é garantido que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXV).

Mas se tudo é tão perfeito e acabado nos termos da Constituição Federal e da Lei de Execuções Penais, inclusive considerando a bilionária verba orçamentária destinada ao FUNPEN desde a sua criação, por quê a existência desse ECI – Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário?

Pois é. Na prática a teoria é diferente!

Ao encerrarmos este tópico queremos deixar registrado em nosso trabalho que respeitamos a opinião do ex-Procurador de Justiça do MPRS, Advogado, Professor e Doutor Lenio Luiz Streck, pois ele entende a tese do ECI – Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro como sendo “a cereja do bolo” do que ele mesmo chama de “Ativismo Judicial”. A análise dele parte de uma discussão jusfilosófica dos próprios fundamentos e objetivos da nossa Constituição Federal, notadamente das disposições do seu artigo 3º.

Para ele a tese do ECI do sistema penitenciário também seria uma “senha de acesso” para que o Poder Judiciário pudesse interferir na estrutura administrativa (mais precisamente dando ordem para liberação de recursos financeiros aos Estados, como já acontece nos autos da ADPF n. 347, no STF) desse sistema, havendo assim uma espécie de atividade judicial não autorizada numa seara em que o Poder Legislativo atribuiu reservadamente ao Departamento Penitenciário Nacional, que foi criado pela Lei Complementar n. 79/94 e regulamentado pelo Decreto n. 1.093/94, e que é subordinado ao Ministério da Justiça e ao Chefe do Poder Executivo da União.

Na opinião dele, diante da tripartição dos poderes, cabe somente ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) gerir esses recursos que a União destina – ou apenas deixa contingenciado no orçamento, e que são bilhões de reais! – para a manutenção e ampliação do sistema penitenciário brasileiro.

Logo, se a nossa constituição é ou não é uma Carta de Intenções, ou se ela é uma Norma fundante, isso é assunto para ser abordado numa Tese de Doutorado, o que não é o nosso caso neste momento. Para mais informações a respeito do que pensa Lenio Streck sobre a tese do ECI, remetemos os interessados ao seguinte endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.

Fizemos esse registro apenas para constar que temos conhecimento do uso retórico da tese do ECI por muitos daqueles que lidam dentro e fora do sistema penitenciário brasileiro. Inclusive no STF.

Mas para o fim a que nos propusemos neste trabalho o aspecto que realmente nos interessa é a demonstração da *ausência de consistência lógica no discurso jurídico dos(as) ministros(as) que votaram favoravelmente à possibilidade de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*, haja vista a superpopulação carcerária e as centenas de milhares de mandados de prisão que aguardam por cumprimento desconstruírem as premissas por eles(as) invocadas e demonstrarem a **falsidade** da conclusão a que chegaram.

A execução antecipada da pena simplesmente representará um agravamento da condição das pessoas que irão e das que já foram conduzidas para dentro desse sistema carcerário que se encontra num ECI, conforme declarado pelo colendo STF no julgamento da ADPF n. 347. De 2016 para cá já foram cumpridos mais de 13.000 mandados de prisão (execução antecipada).

4.5. O impacto da execução antecipada da pena no ECI do sistema penitenciário:

O ECI do sistema penitenciário somado à intenção da maioria do STF em promover uma viragem na jurisprudência dominante naquela Corte desde 2009, representa na prática um verdadeiro retrocesso. É uma surpresa surpreendendo a outra. Daí assistir razão a Lenio Luiz Streck quando num artigo publicado - e já citado nesta monografia – logo após o julgamento da ADPF n. 347 pelo STF, ter dito que se preocupava com a modulação dos efeitos daquela decisão, pois a mesma poderia representar a “cereja do bolo” do ativismo judicial e inclusive uma espécie de “senha de acesso” ao próprio STF na seara de competência do Departamento Penitenciário/Fundo Penitenciário Nacional, no que se refere à liberação de recursos financeiros do fundo, como de fato tem acontecido.

É uma contradição retórica visível e praticamente insuperável, pois os mesmos ministros que julgaram reconhecendo o ECI no sistema penitenciário agora votaram – por maioria, com o voto de desempate da ministra Cármem Lúcia – pela antecipação da execução da pena sem que haja nos autos a Certidão de Trânsito em Julgado da respectiva sentença penal condenatória.

O que assistimos durante as sessões de julgamento dos HC's 126.252, 152.752 e da Medida Cautelar nas ADC's 43 e 44, foi um show de ginástica olímpica verbal da maioria dos integrantes do STF a fim de extraírem do art. 283 do

CPP e do princípio da presunção de inocência (inc. LVII, art. 5º, da CF/1988) uma interpretação que desdissesse o que está gramatical e literalmente expresso nesses dois dispositivos legais. Foi uma *mutação constitucional contra legem!*

Apesar de o ministro Dias Toffoli ter modificado entendimento e votado contra a possibilidade de execução da pena a partir da decisão de 2º Grau de Jurisdição, se manteve o posicionamento da maioria no HC n. 126.292, pela mudança da jurisprudência.

Votaram a favor da execução antecipada da pena os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki (substituído, *post mortem*, por Alexandre de Moraes!), Luiz Fux, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Carmen Lúcia (voto de Minerva).

Contra a execução antecipada da pena votaram os ministros Dias Toffoli (mas ele a admitiu após decisão condenatória do STJ), Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandovski e Rosa Weber.

O impacto dessa decisão do STF no sistema penitenciário é preocupante porque, além de não ter sido declarada a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a maioria votante no julgamento dos *habeas corpus* e da medida cautelar **não legisla**, e, portanto, o princípio da presunção de inocência está lá, **como cláusula pétrea no inciso LVII, do art. 5º, da CF/1988, porém destituído da sua personalidade constitucional**.

É só refletirmos sobre os dados acima colacionados nesta monografia: são mais de 700 mil presos dentro do ECI do sistema penitenciário (sendo mais de 40% de presos provisórios) ao custo médio mensal de R\$ 3.000,00 com cada um deles; são 609.433 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento até o dia 10.06.2018 (<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>); déficit de vagas superior a 354 mil; e agora está chancelada pela maioria do STF a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

É o famoso jeitinho brasileiro. Ao invés de buscar a melhor solução para o problema do descrédito da justiça e da ineficiência da jurisdição, a minoria se une para tornar-se maioria e cedem ao “clamor” da *opinião pública*!

Honestamente falando, a maioria da população brasileira já se deu conta de qual é verdade que está escondida por trás do julgamento do HC 152.752-SP e da chancela para a execução antecipada da pena pelo STF, mas como aqui é um espaço acadêmico para a produção do conhecimento, melhor não imiscuir nos bastidores das atuais e tênues relações entre os Três Poderes, a mídia e o MPF.

5. A GESTÃO DA QUALIDADE E DO CONHECIMENTO NO SERVIÇO PÚBLICO:

O princípio da eficiência como antítese à tese da execução antecipada da pena.

Uma primeira noção do que é a Administração Pública nos será dada por José Afonso Silva, extraída do seu Curso de Direito Constitucional Positivo (p. 656), verbi:

“Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas”.

José Afonso da Silva diz que “o art. 37 da Constituição emprega a expressão Administração Pública nos dois sentidos. Como conjunto orgânico, ao falar em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, da licitação e os de organização do pessoal administrativo”.

Destarte, antes de falarmos da questão relativa à Gestão da Qualidade e do Conhecimento nos serviços públicos que são prestados pelo Estado à sociedade, é preciso refletirmos se o quadro de servidores da Administração Direta e Indireta dos Três Poderes do Estado têm a medida exata da compreensão do nível de conhecimento que hoje se exige para o desempenho eficiente dessa tarefa. E, para isso, convenhamos todos, requer um exercício pessoal de alteridade (colocar-se no lugar do outro) por parte de quem escreve sobre o assunto.

Aquela máxima popular de que não basta dar o peixe, é preciso ensinar a pescar, que implicitamente aponta para a tão decantada meritocracia, encaixa aqui como uma peça de um quebra-cabeças.

Dito isso, torna-se pertinente discorrermos brevemente sobre a evolução histórica do que veio a ser a Administração Pública atual.

Desde logo, voltamos até o ano de 1995, para levarmos em mente doravante uma boa impressão da intenção do Estado, quando o então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado elaborou um importante documento chamado de: O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE.

Ressaltamos que essa reforma foi ampliada e aperfeiçoada com a EC n. 19/98.

Isso permitirá ao leitor constatar a existência de três fases distintas e sucessivas no processo histórico de formação do que hoje é a administração pública:

1º) Administração Pública Patrimonialista;

2º) a Burocrática e,

3º) a Gerencial. Cada uma delas possui aspectos que caracterizam os períodos e os reflexos sociais de quando foram adotadas, e assim facilita a concretização dos nossos objetivos neste trabalho, correlatos à questão de opormos o princípio da eficiência à intenção de se mudar a jurisprudência acerca da execução antecipada da pena.

5.1. Administração Pública Patrimonialista:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funcionava como uma extensão do poder do soberano, onde os seus auxiliares e servidores possuíam status de nobreza real. Os cargos eram considerados prebendas ou sinecuras (trabalho ou cargo bem remunerado que não exigia muito esforço). A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Por consequência, a corrupção e o nepotismo eram inerentes a esse tipo de administração.

Nessa fase verificava-se a confusão patrimonial: todo o aparelho do Estado era utilizado em benefício do próprio governante e de terceiros por ele favorecidos. Assim, havia o favorecimento de poucos em detrimento dos interesses do conjunto da sociedade.

Aqui no Brasil o modelo patrimonialista vigorou desde o período colonial até a década de 1930. Dadas as características desse modelo, desnecessário cogitar sobre a qualidade na gestão pública, verificando-se incompatível com a referida fase.

Ademais, em que pese a cronologia citada, um patrimonialismo discreto ainda se faz presente nos dias atuais em muitos órgãos públicos, coexistindo com os modelos burocrático e gerencial. Essa descrição encontra guarda, atualmente, na discricionariedade administrativa, a qual é utilizada e/ou interpretada inadequadamente por maus gestores para obtenção de vantagens pessoais, nepotismo, desvios e corrupção.

5.2. Administração Pública Burocrática:

Possui lastros na sociologia weberiana, da escola alemã. Surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori.

Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.

Evidencia-se nesta fase a necessidade de diferenciação e separação do patrimônio público do privado, a fim de proteger os interesses coletivos e a res pública contra a corrupção, clientelismo e interesses particulares.

Em razão do seu formalismo exagerado e preocupação excessiva com controles, o modelo burocrático enrijeceu a administração pública, tornando-a engessada e pouco eficiente. Como consequência o Estado ensimesmou-se (voltou-se para dentro de si mesmo), perdendo a noção de sua missão básica: que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática foi a efetividade no controle dos abusos; mas os seus defeitos, a sua ineficiência, sua auto-referência, tornou-a incapaz de voltar-se para o serviço aos cidadãos e de vê-los como clientes.

Como essa escola tinha por objetivo essencialmente afastar da administração os vícios, fraudes e corrupção, havia um zelo excessivo com os controles administrativos prévios. Como resultados, por um lado, houve a redução de práticas patrimonialistas em face de critérios adotados como o da impessoalidade, formalismo, criação de regras, hierarquia e controles; por outro, como a administração volta-se principalmente aos seus procedimentos internos, a máquina pública apresentava-se lenta e ineficiente, as demandas e anseios sociais não eram concretizados, o que nos leva a concluir que a qualidade não era uma característica efetiva e visível da fase burocrática.

5.3. Administração Pública Gerencial:

Pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, de 1995, sob a batuta do então Ministro Bresser Pereira, a eficiência da administração pública, pautada pela necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário, torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. As suas principais características são:

- 1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- 2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
- 3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal;
- 4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;
- 5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
- 6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.

Ainda hoje no Brasil podemos verificar algumas tentativas de desburocratização e modernização da máquina pública, entretanto, o movimento de maior relevância com vistas à consolidação da reforma gerencial teve seu início efetivamente em 1995, com a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, delineado, naquele momento, pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, e posteriormente pela EC n. 19/98.

O objetivo da Administração Gerencial, dentre outros aspectos, é implementar uma gestão pública de qualidade, moderna e eficiente, direcionada essencialmente aos cidadãos e, sendo assim, os resultados têm maior importância, os quais são auferidos por meio da satisfação dos clientes/usuários dos serviços prestados pelo Estado, direta ou indiretamente.

Uma administração gerencial é o que requer a pós-modernidade, onde estados nacionais e grupos econômicos transnacionais encontram-se numa troca de informações e de comercialização bilaterais e globalizadas. A produtividade e a busca pela eficiência, a simplificação de processos, a economicidade e a adequada administração do patrimônio público visam uma prestação de serviços revestidos

com tal qualidade e essencialmente voltada para o cidadão.

5.4. O Princípio Constitucional da eficiência na Administração Pública:

Antes de dar a sua definição acerca do princípio da eficiência, José Afonso da Silva procura colocar o tema numa perspectiva em que a Administração Pública possa ser compreendida pelo leitor tanto no seu aspecto estrutural (Direito Constitucional) quanto funcional/organizacional (Direito Administrativo). O primeiro seria a cabeça do corpo do Estado, e o segundo seria o tronco e os membros. Diz ainda que:

“A Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.”

O princípio da legalidade é conceituado por José Afonso da Silva como sendo uma “nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular.”

Porquanto, diz o citado jurista, “é nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.

Quanto ao princípio da finalidade administrativa, que não foi referido no art. 37 da Constituição, entende José Afonso da Silva que, certamente, “o legislador constituinte o entendeu como um aspecto da legalidade. De fato o é na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu fim legal, ou seja, o fim

submetido à lei. Logo, o fim já está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado”.

Daí podemos afirmar que uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder é o desvio de finalidade (executar antecipadamente a pena para atender ao clamor da opinião pública, num momento de gravíssima crise Institucional e política, seria o quê?).

Para o objetivo do nosso trabalho estamos querendo dizer com isso que, no momento em que numa decisão judicial é determinado que se expeça contra alguém um mandado de prisão, naquele exato momento da fase processual estão sendo observados e respeitados ambos os princípios: o da legalidade e o da finalidade. Aquela decisão foi dada por uma autoridade competente e a fim de cumprir o que está autorizado por lei.

Entretanto, o inverso disso é o que caracteriza as hipóteses de prisão que aqui nós estamos abordando, isto é, prender alguém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e dar início à execução antecipada da pena.

E se posteriormente – e o percentual é de quase 5% só no STF - o STJ ou o STF anular ou reformar a sentença?

O dever de indenizar do Estado, por força da Responsabilidade Objetiva baseada na teoria do risco integral, compensaria as agruras de quem foi mandado para dentro do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário?

Dito isso, chegamos ao ponto em que é preciso refletirmos sobre o princípio constitucional da eficiência no serviço público, pois nos parágrafos anteriores restou demonstrado que a execução antecipada da pena pode traduzir-se numa falha na prestação do serviço público de natureza gravíssima, eis que consistente na privação do sagrado direito de ir e vir de todo homem livre.

Como é que ainda podemos conviver com prisões dessa natureza, em pleno século XXI: o século do conhecimento, da velocidade da informação e da interdisciplinaridade, se nós dispomos de tecnologia e de meios suficientes para promovermos “a reforma do sistema jurisdicional/punitivo e penitenciário”, bastando apenas que se pratique uma *gestão de qualidade eficiente* entre os sistemas das autoridades policiais, do Ministério Público, dos Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo, do Conselho Nacional de Justiça e do FUNPEN?

José Afonso da Silva diz que “***eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades***”. Perfeito!

Numa ideia muito geral, diz o citado jurista que “eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. *Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados*”.

Em suma, isso quer dizer que a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, conforme previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC n. 45/2004).

Logo, ao invés de se chancelar a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, devemos nos lembrar, na hora, dos princípios ora comentados e admitirmos que só com o respeito à Constituição e o fortalecimento da Democracia (através do emprego das técnicas de uma Gestão de qualidade dos serviços prestados e do conhecimento dos servidores públicos) é que poderemos erradicar, ou reduzir ao mínimo, essa ânsia punitivista que a mídia sensacionalista e descomprometida com o futuro da Nação faz surgir como se fosse uma reação racional da sociedade, a quem se atribui o vetor “opinião pública”.

Se nós e o STF compreendermos isso: que o princípio da eficiência é uma qualificação do princípio da legalidade, e que nela (eficiência) reside a principal justificativa para a busca da implantação de medidas de Gestão da qualidade, Gestão por competência e Gestão do conhecimento no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, então acreditamos no êxito dessa política institucional e estratégica do CNJ (Cumprimento de Metas!).

5.5. A Gestão do Conhecimento como forma de valorizar o ativo intangível: o ser humano.

Este tópico é o mais importante deste trabalho, mormente porque acreditamos que uma viragem jurisprudencial acerca da execução antecipada da pena *não é a solução para todos os males da sociedade brasileira, e em especial, o da impunidade*. Acreditamos que uma combinação do princípio da eficiência com os

aspectos pertinentes da Gestão do Conhecimento no serviço público, poderia abrir outras portas que dessem para a efetivação do conteúdo programático e alvissareiro da Constituição Federal, sem que se precise reduzir ou flexibilizar garantias individuais.

A Gestão do Conhecimento tem como uma das suas bases os conceitos de disseminação e compartilhamento do conhecimento, o que preconiza a existência de confiança, valor que precisa estar presente e ser incentivado. A cultura voltada ao conhecimento é essencial para o sucesso de medidas de “GC”. Uma cultura organizacional contrária à inovação e ao aprendizado são obstáculos difíceis de serem superados. Portanto, trabalhar a cultura da organização para gerar confiança e gosto pelo aprendizado é, também, aspecto muito importante.

Pensando bem, nos parece que é exatamente essa política que passou despercebida nos discursos dos(as) ministros(as) do STF.

Então, pesquisando sobre o assunto nos deparamos com a RPGD – Revista Gestão Pública: Práticas e desafios, periódico da Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Porquanto, todo esse tópico é baseado nas ideias de Paulo André Benz e Abraham Benzaquen Sicsú, veiculadas no artigo por eles escrito e constante das referências bibliográficas deste trabalho.

Fomos convencidos de tal forma pelas ideias contidas no mencionado artigo que, para não caracterizar plágio e muito menos desvirtuarmos o sentido do texto dos autores, pedimos a *maxima venia* da Banca Examinadora para abaixo seguirmos a literalidade do que eles escreveram.

Alguns aspectos conceituais sobre Gestão do Conhecimento, os quais são necessários para compreendê-la, são elencados abaixo:

- a) o conhecimento tem origem e reside na cabeça das pessoas;
- b) o compartilhamento de conhecimento exige confiança;
- c) a tecnologia possibilita novos comportamentos ligados ao conhecimento;
- d) o compartilhamento do conhecimento deve ser estimulado e recompensado;
- e) suporte da direção e recursos são fatores essenciais;
- f) iniciativas ligadas ao conhecimento devem começar com um programa-piloto;
- g) aferições quantitativas e qualitativas são necessárias para se avaliar a iniciativa;

h) o conhecimento é criativo e deve ser estimulado a se desenvolver de formas inesperadas.

Dos elementos acima listados, percebe-se que as experiências de Gestão do Conhecimento têm como escopo melhorar o rendimento das organizações e apreender o conhecimento existente nos indivíduos para que, através de processos como identificação e captação, o conhecimento seja disponibilizado para fins de compartilhamento, gerando, assim, mais conhecimento.

Paulo André Benz e Abraham Benzaquen Sicsú, citando o que foi observado pelo filósofo francês Pierre Lévy, dizem que a criação de ferramentas capazes de possibilitar a criação de um coletivo inteligente deve ser produto de um trabalho sistemático, permeado de uma visão democrática e participativa, possibilitando que seja reflexo das proposições humanas. Assim, o suporte tecnológico que possibilita o acompanhamento dos movimentos crescentes de transmissão de informações deve estar permeado dessa visão de futuro lastreada na criação de uma Inteligência Coletiva, com fins voltados à melhoria da qualidade de vida das pessoas e não apenas ao aumento de capacidade de quantidade de informações em circulação.

Como é comumente ressaltado nos trabalhos que versam sobre Gestão do Conhecimento, a sua principal característica é a multidisciplinaridade, fenômeno que se mostra cada vez mais evidente, sendo necessário que as discussões a respeito do tema alcancem tópicos ainda não explorados ou pouco debatidos, buscando trazer ao centro dos debates os pontos que permitam compreender melhor a aplicabilidade das medidas de Gestão do Conhecimento e, especificamente no caso do serviço público, na forma como estas iniciativas podem servir como apoio ao atendimento do Princípio Constitucional da Eficiência.

Ora, esta monografia seria o quê, senão uma forma de nós, pós-graduandos, estarmos compartilhando com a sociedade aquele conhecimento que adquirimos durante a realização dessa especialização, numa espécie de “qualificação do saber empírico” acumulado por cada um de nós, alunos da turma (Paulo Eduardo, Greison, Amanda, Uélida, Emília, Íria Kellen e eu), no decorrer do curso?

Portanto, conforme disseram Paulo André Benz e Abraham Benzaquen Sicsú, acima referidos, mostra-se necessária a abordagem dos aspectos conceituais acima delineados para que se possa compreender melhor em que medida é possível às organizações públicas fazer proveito de medidas de Gestão

do Conhecimento como elemento de melhoria de seus sistemas de trabalho, o que, como já antes expedito, pode se transformar em meio de atendimento das prescrições do Princípio da Eficiência. Benz e Sicsú dizem que:

“O serviço público necessita acompanhar a evolução do nível de exigência da sociedade, prestando serviços que sejam adequados à realidade de uma crescente demanda em termos de qualidade da atuação da Administração Pública. Neste contexto, a utilização de medidas de Gestão do Conhecimento é passível de se tornar elemento de consecução do Princípio Constitucional da Eficiência, que pode ser considerado como equivalente da vantagem competitiva, cuja busca é um dos principais argumentos em favor da Gestão do Conhecimento na iniciativa privada. *O reconhecimento do Princípio Constitucional da Eficiência como uma qualificação do Princípio da Legalidade, em função de seu aspecto finalístico é uma das possibilidades de compreensão da sua importância.* Os novos paradigmas que devem ser enfrentados pela Administração Pública envolvem a preocupação com a ética relacionada com o uso de recursos informacionais e disseminação de informações, com o desenvolvimento sustentável e com a busca de uma inteligência coletiva capaz de assegurar a melhoria das condições humanas, ambientais e sociais, no bojo da implantação da Gestão do Conhecimento em organizações públicas.”

Mas para isso é importante que se compreenda as distinções entre dado, informação e conhecimento, bem como entre gestão da informação e do conhecimento, para que as organizações não cometam erros na abordagem do desenvolvimento das iniciativas voltadas ao gerenciamento do conhecimento. Como foi demonstrado, a Gestão do Conhecimento leva em conta uma série de aspectos que a Gestão de Recursos Informacionais não alcança. É possível vislumbrar que esses elementos diferenciais têm como ponto de convergência os aspectos humanos envolvidos.

No contexto do Poder Judiciário (da 1^a Instância até chegar ao STF), é do conhecimento de todos que existe uma espécie de resistência não declarada quando o assunto tratado é Gestão por Competência e Gestão do Conhecimento.

Mas para que se possa falar em Gestão do Conhecimento é necessário que se faça uma incursão, ainda que breve, em alguns assuntos que lhe são pertinentes, a começar pela afirmação de que estamos vivenciando a Era da Informação, num modelo que por alguns é chamado de Sociedade do Conhecimento, ou mesmo de economia baseada no conhecimento.

A proliferação e disseminação dos meios de transmissão de dados informacionais tem, efetivamente, trazido a circulação de informações a um novo patamar. Com lastro nessas crescentes possibilidades de comunicação e envio de dados, a Tecnologia da Informação tem possibilitado que o conhecimento se torne mais acessível e de mais fácil retenção. A ideia de uma economia baseada no conhecimento teve um dos seus marcos de compreensão estabelecido por Stewart (1998), quando este tomou os dados referentes ao dispêndio de capital registrado na Agência de Análise Econômica do Departamento de Comércio Norte-Americano, no intervalo compreendido entre 1965 e 1991, para perceber que a partir de 1991 houve uma troca de posições, caracterizada pela superação das despesas com bens de capital típicos da era industrial por aquelas destinadas a custear equipamentos de coleta, processamento, análise e disseminação de informações.

O delimitador desse novo modelo é a prevalência do conhecimento como fonte geradora de riqueza, em detrimento da terra, do capital e do trabalho, que eram determinantes até então.

O valor das organizações passava, desde então, a depender mais dos ativos intangíveis do que propriamente dos seus bens de capital. Há de ser reconhecido que o conhecimento vem sendo acumulado de forma cada vez mais evidente e de modo exponencial, causando efeitos profundos na estrutura da sociedade. É nesse contexto que Probst, Raub e Romhardt (2006) aludem ao fato de que, no intervalo de trezentos anos após a invenção da prensa de tipos móveis por Gutemberg, verificou-se a primeira dobra de conteúdo de informações mundiais. Vale ressaltar que, já em 1968, Peter Drucker cunhava a expressão Sociedade do Conhecimento, ao vislumbrar as mudanças do modelo técnico produtivo social que se iniciavam.

Após esta breve contextualização, inserindo o atual modelo econômico na Era da Informação, convém abordar um dos pressupostos teóricos da Gestão do Conhecimento, qual seja a distinção entre dado, informação e conhecimento. No dizer de Alvarenga (2008), a definição destes três componentes é um dos marcos teóricos iniciais e fundamentais sobre os quais se deve basear toda discussão relativa a organizações do conhecimento e gestão da informação e do conhecimento.

É em Davenport e Prusak (1998) que vamos encontrar uma das vertentes de distinção, para onde têm convergido diversos teóricos. Classificam os dados como uma série de fatos objetivos e individualizados que dizem respeito a eventos,

ressaltando que no contexto das organizações os dados podem ser tomados como os registros básicos de transações. Segundo os referidos autores, os dados não são dotados de relevância e propósito, não sendo capazes de dizer nada isoladamente, por não traduzirem qualquer julgamento ou interpretação, que permita utilizá-los como apoio a decisões. Preconizam (Davenport e Prusak, 1998) que o dado é a matéria prima essencial para a criação da informação, normalmente caracterizada como sendo uma mensagem, traduzida no formato de documento ou comunicação visual ou auditiva.

Entendem a principal função da informação como sendo a capacidade de exercer impacto sobre o comportamento e a capacidade de julgamento de quem a recebe. A interpretação culmina com a assertiva de que é o receptor que irá avaliar a capacidade da informação de atender ao seu propósito (informar). A informação passa a ser diferenciada do dado por ser dotada de relevância e propósito. Em resumo: significado.

Conhecimento, por sua vez, é definido pelos autores referenciados como sendo uma mistura fluida de experiência condensada, valores, informação contextual e insight experimentado, a qual proporciona uma estrutura para a avaliação e incorporação de novas experiências e informações. Ele tem origem e é aplicado na mente dos convededores. Nas organizações, ele costuma estar embutido não só em documentos ou repositórios, mas também em rotinas, processos, práticas e normas organizacionais. (DAVENPORT e PRUSAK, 1998, p. 5).

Assim, o conhecimento seria a resultante da clivagem de vários elementos, podendo ser tomado como um processo ou como um ativo. Ainda na lição de Davenport e Prusak (1998), do mesmo modo como o dado passa por um processo de transformação e “significação” para auferir a condição de informação, esta transforma-se em conhecimento através de processos de comparação, análise de consequências da informação para tomada de decisões, conexões entre o novo conhecimento e conhecimentos já acumulados e a conversação entre as pessoas acerca da informação recebida.

Também é visto o conhecimento como capacidade de agir, sempre próximo à ação, na visão de Sveiby (apud Alvarenga Neto, 2008), com lastro no pensamento de Polanyi e Wittgenstein. No rastro da compreensão do conhecimento relacionado à ação, Gutiérrez afirma que a informação que tenha sido assimilada, ou ainda,

internalizada, e que seja orientada à ação, torna-se conhecimento do indivíduo, podendo ser tomada como um estado mental (que define como uma disposição neuronal concreta) dotada de um sujeito e causada por uma informação, que possibilita a tomada de decisões que se mostrem adequadas à consecução de ações pelo sujeito que obteve a informação. Alvarenga Neto (2008) expressa o entendimento de que o conhecimento pode ser também visto como a informação com maior valor, pois o seu surgimento é originado em análise, síntese, reflexão e contextualização, assim como entende que o conhecimento é representado pela soma das experiências das pessoas ou da organização, estando situado apenas na mente das pessoas.

Remete ao pensamento de Choo (2000) que traz uma nova perspectiva da relação entre dado, informação e conhecimento, ao vislumbrá-los como um *continuum* de valores acrescidos, marcados pela contribuição humana, aplicado através do processamento, da gestão, da ação, do resultado, da aprendizagem e da retroalimentação do sistema. Do mesmo modo como é imperioso chegar a uma distinção entre dado, informação e conhecimento, há de ser reconhecido que Gestão do Conhecimento não é apenas Gestão da Informação.

No dizer de Alvarenga Neto (2008), a Gestão do Conhecimento vai muito além do gerenciamento de recursos informacionais, podendo ser entendida a primeira como uma evolução da segunda, estando a Gestão do Conhecimento caracterizada pela abordagem de questões relativas aos temas da informação e do conhecimento nas organizações sob um enfoque ampliado, alcançando conceitos como criação e uso do conhecimento, gestão da inovação e da criatividade, compartilhamento de informações, aprendizagem organizacional, criação de repositórios de conhecimento e de memória organizacional, registro de processos de criação do conhecimento, mensuração e consolidação do capital intelectual, além da criação das condições favoráveis à aplicação de medidas de Gestão do Conhecimento.

Além disso, somente a GC leva em conta o fator humano, levando em consideração que o talento das pessoas também deve ser objeto de gerenciamento. Um dos pontos de partida para a busca que é encetada pela Gestão do Conhecimento são as questões que foram levantadas por Stewart (1998), ao afirmar que *toda empresa necessita encontrar as respostas para as seguintes perguntas: “o que sabemos?” e “onde está o conhecimento?”*.

Segundo Figueiredo (2004), a Gestão do Conhecimento não pode ser definida de forma descontextualizada, pois uma definição adequada é aquela que se mostra coerente com a cultura da organização, revelando os seus propósitos e as suas apreensões e uma série de fatores que individualizam a organização.

Na opinião de Sicsú e Dias (2005), o novo paradigma microeletrônico tornou-se hegemônico na formação de um novo modelo econômico, o que demandou a revisão dos principais conceitos relacionados à Gestão Estratégica do Conhecimento.

No que se refere ao conhecimento individual e organizacional, pode-se dizer que seja possível relacioná-lo diretamente com a teoria da criação do conhecimento de Nonaka e Takeuchi (1997), bem como se pode afirmar que está na raiz fundamental da maior parte das iniciativas de Gestão do Conhecimento.

É que o conhecimento individual está sujeito a perda, por diversos motivos, como evasão, deslocamento e outros. A transformação do conhecimento individualmente detido em conhecimento detido pela organização, normalmente traduzido em documentos, segundo Gutiérrez (2006), corresponde, a grosso modo, ao processo de transformação do conhecimento tácito em explícito.

A respeito da conversão de conhecimento tácito em explícito, Carbone *et al* (2006) fazem alusão ao complexo estudo feito por Davenport e Prusak (1998), que constataram que o maior problema das experiências de Gestão do Conhecimento está justamente no conhecimento tácito, e que a chave do sucesso de qualquer experiência reside na existência de uma cultura organizacional favorável ao conhecimento associada a sistemas de informação.

Terra (2002), ao propor o seu modelo de compreensão de Gestão do Conhecimento, afirma que dentro da GC estão contidos, além das práticas gerenciais adequadas ao fomento de processos criativos e ao aprendizado individual, uma coordenação de esforços nos planos organizacional e individual, estratégico e operacional, que alcance as normas formais e informais, de modo sistêmico.

A formação de modelos tem sido explorada na literatura, alguns deles montados sobre bases de princípios comuns a todas as experiências, como é o caso daquele proposto por Sicsú e Dias (2005), que afirmam ser comum aos modelos de Gestão do Conhecimento o seguinte:

- a) partir de um planejamento estratégico – para o sucesso da experiência de

Gestão do Conhecimento a empresa deve definir qual o conhecimento necessário, em que momento, por quem deve ser detido e qual a sua relevância (local e motivo);

b) cultura de aprendizagem e tipos de conhecimento – transformação de conhecimento tácitos ou explícitos em novos conhecimentos. Devem ser fomentadas formas de aprendizado que levem em conta o conhecimento tácito, não codificado, como a aprendizagem on job;

c) inovação e modernização como armas concorrentiais – numa época em que as mudanças são profundas e rápidas, é exigido das empresas um perfil de conhecimento que assegure a competitividade empresarial;

d) foco no sistema de informações – um sistema de informações deve ser montado a partir da consciência de que o perfil das informações é relevante, assim como deve estar apto a fornecer informações gerenciais e de apoio às decisões, de forma compatível com a estrutura concorrencial na qual a empresa está inserta;

e) futuro da empresa condicionado pela sua história – necessidade de administrar o processo de mudança, sendo necessário que se compreenda que a história da instituição condiciona a combinação de fatores produtivos;

f) a dinâmica interna da empresa deve ser colaborativa – descoberta de lideranças que possam articular os processos de inovação, com destaque para o trabalho em grupo e aceitação da diversidade;

g) condições tecnológicas adequadas – o esforço para a Gestão do Conhecimento necessita de condições tecnológicas mínimas para que ela seja operacionalizada, consistente de uma base de hardware e software, além de conectividade;

h) manutenção de recursos humanos qualificados – onde são implantadas experiências de Gestão do Conhecimento, deve haver uma política funcional que evite a evasão de recursos humanos qualificados, levando em conta que a formação de equipes leva tempo para ser consumada, fazendo parte de um aprendizado coletivo.

A implantação das medidas acima elencadas de Gestão do Conhecimento em organizações públicas deve levar em consideração também as características particulares da Administração Pública, neste caso, o Poder Judiciário.

É conveniente que, ao buscar implementar medidas de Gestão do Conhecimento a organização passe, como etapa antecedente, por um trabalho de esclarecimento, para que as pessoas envolvidas passem a ter uma compreensão do

que vem a ser o tema, bem como o alcance das medidas que lhe são afetas e o impacto que venham a ter em relação ao seu trabalho (auxiliar na efetiva e célere entrega da prestação jurisdicional).

A familiaridade das pessoas que trabalham na instituição com os conceitos relacionados ao tema é de vital importância para que se possa obter sucesso com as medidas que precisam ser tomadas no curso de adoção de práticas de GC. Neste aspecto, a discussão dos conceitos é etapa prévia que não se pode desconsiderar, principalmente pelo fato de que há uma infinidade de nuances em relação ao assunto.

A clareza conceitual é importante, sendo necessário que a organização adote uma gama de conceitos sobre os quais deve fundar seus planos de trabalho. Os conceitos devem ser difundidos e aprimorados pelas pessoas envolvidas, de modo a que estejam adequados e respeitem a sua realidade.

Como a adoção de medidas relacionadas à Gestão do Conhecimento pode se mostrar muito complexa e abrangente, é aconselhável que se inicie com um programa piloto, para aferir o grau de preparação da instituição para receber o novo modo de trabalho, bem como para aferir os erros e acertos e as necessidades de aprimoramento do programa, além de servirem os resultados como fator de convencimento das pessoas para a continuidade da implementação das medidas.

A existência de um suporte tecnológico adequado não pode deixar de ser verificada, tendo em vista que, normalmente, as iniciativas de GC têm apoio em tecnologia da Informação. Como se pode ver, é necessário que uma organização seja preparada para receber medidas voltadas à implementação da Gestão do Conhecimento, de modo a que seja minimizado o risco de que se tornem infrutíferas e que representem mero gasto de recursos sem o retorno que se espera seja obtido com a sua implementação.

Em suma, no atual estágio de evolução social, é inconcebível pensar em uma Administração Pública que não busque o seu aperfeiçoamento contínuo, de modo a assegurar à população, cada vez mais consciente de seus direitos, qualidade e eficiência, tanto no atendimento ao cidadão quanto no uso dos recursos públicos que utiliza. A busca de medidas que possibilitem otimizar os sistemas de trabalho da Administração Pública devem estar voltados a todos os campos de atuação e de conhecimento, bem como deve acompanhar as discussões acadêmicas e os ciclos de inovação possibilitados pelo novo paradigma

informacional.

Neste sentido, a adoção de medidas de Gestão do Conhecimento na esfera do serviço público pode tornar-se uma solução interessante e capaz de melhorar a qualidade (eficiência) dos serviços prestados e a otimização de seus sistemas de trabalho, assim como do uso de recursos públicos.

Se o conhecimento for racionalmente utilizado com o escopo de efetivar o conteúdo programático da Constituição Federal, aliado a uma comprometida gestão da qualidade administrativa na entrega da prestação jurisdicional, com o compromisso sério de todos os envolvidos de zelar pela observância **obrigatória do princípio da eficiência** em todas Instâncias da Justiça, ousamos afirmar que perante o Supremo Tribunal Federal somente chegarão aquilo que constitucionalmente lhe compete. Daí, claro, a opinião pública não vincularia o STF.

O Direito é uma Ciência que traz em “seu corpo” as tatuagens da história das lutas sociais, políticas e econômicas de cada um dos povos espalhados pelos respectivos territórios das suas Nações, motivo pelo qual a Ciência do Direito é humana, demasiadamente humana – como dizia Nietzsche – e **muito peculiar**.

É por isso que não é recomendável a desenfreada “importação” de tudo o que se é produzido na seara do Direito em outros países. Cada povo tem a sua trajetória marcada na história da sua formação e evolução. De comum mesmo, entre os EUA e o Brasil, são só os séculos de escravidão e massacre dos índios que em ambos existiram. Fora disso, nada mais nos assemelha a eles.

Destarte, o deslumbramento de alguns juristas, doutrinadores e de um considerável percentual dos ministros e ministras do STF pela doutrina e a jurisprudência Norte Americana é *algo a se pensar, seriamente*. Querem fazer um Ctrl+c/Ctrl+v de tudo o que lá se escreve e “colar em seus manuais, decisões e votos”, nem que para isso tenham que recorrer ao “jeitinho brasileiro” de se interpretar e aplicar Dworkin, Alexy, Roxin etc.

Afirmo que não é xenofobia de nossa parte, mas em dados momentos o deslumbramento assume ares de contorcionismo epistêmico, ou no mínimo de uma apropriação indevida de causas material, formal, eficiente e final *distintas da nossa história colonial* (matança dos índios), imperial (escravidão), república (escravidão até 1888), Estado Novo, ditadura militar (1964 até 1985), república de novo (1988 até 2015), e golpe de estado por último (só para lembrar de Aristóteles e da sua Teoria das quatro causas).

Devemos estar sempre abertos e sintonizados com o que há de “novo” em todas as áreas do conhecimento humano, mas precisamos também, urgentemente, fazermos a nossa própria catarse epistêmica e reencontrarmos as linhas traçadas pelos anseios e sonhos dos que lutaram pela redemocratização do País e que resultaram na Constituinte de 1988.

Tivemos e ainda temos grandes juristas e doutrinadores por aqui, conhecedores da nossa história. De todas as áreas do conhecimento já há um legado abundante. Já existe um caminho próprio traçado. Só precisamos atualizá-lo e aprimorá-lo para as nossas atuais e reais necessidades.

Se for preciso importar, que haja antes um cuidadoso intercâmbio cultural. Após, mais cuidado ainda na hora da tradução, interpretação e aplicação à nossa realidade.

CONCLUSÃO:

Em suma, refletindo sobre tudo o que foi compilado e discorrido até aqui, temos a dizer o que a Hermenêutica Jurídica nos ensinou: ***quando uma lei é clara, cessa a sua interpretação.*** Daí em diante resta ao intérprete o dever/poder de aplicá-la ao caso concreto.

Se a vontade do Constituinte Originário foi elevar o **princípio da presunção de inocência** ao *status* de **cláusula pétrea**, àqueles(as) que vieram depois cabe o dever/poder de respeitar essa vontade, em todas as Instâncias e Graus de Jurisdição.

Deixamos registrado expressamente que desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, § 2º) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o 'Pacto de San José da Costa Rica' (art. 8º, § 2º), a presunção de inocência vale para todos os acusados e réus, desde o Juízo de 1º Grau até eventual recurso extraordinário ao STF; essa é a interpretação que lhe foi consagrada pelo próprio STF, atribuindo-lhe o *status* de *normas supralegais*, tanto que possuem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional que com eles sejam conflitantes (RE 466343, voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009).

Então, para evitar o indesejável maniqueísmo presente nos debates sobre o tema, especialmente nas falas dos “analistas” da globo news (chamada nos átrios forenses de “a 5ª Turma do STF”) e nas redes sociais, nem ceda à tentação da parcialidade que permeia o tsunami de informações a esse respeito, dedicamos parte dele para tratar da Gestão da Qualidade, do Conhecimento e do Princípio da Eficiência no serviço público como uma antítese à tese sufragada pela maioria do STF acerca da execução antecipada da pena.

Trouxemos os argumentos dos defensores dessa eventual viragem jurisprudencial, notadamente o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de compará-lo com o seu voto anterior sobre o declarado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional, sendo ele o relator da ADPF 347.

Registrarmos ainda os dados do CNJ e do FUNPEN para demonstrar a inconsistência lógica dos discursos jurídicos dos(as) ministros(as) do STF, através dos quais demonstramos fartamente que *não será a execução antecipada da pena*

que resolverá os problemas estruturais da jurisdição penal no que se refere à morosidade, ineficiência e descrédito diante do “indefectível clamor da opinião pública”. Longe disso, aliás.

Reservamos para esta conclusão, como um aperitivo epistêmico e de semiótica para as reflexões que por ventura acompanharem aqueles que até aqui chegaram, a analogia que ora fazemos dos discursos jurídicos (mais políticos, na verdade) da maioria do STF com a literatura de Machado de Assis, no conto *O Espelho*, onde o primeiro Presidente da Academia Brasileira de Letras deixa transparecer a sua ironia típica (aquela ironia fina e corrosiva somada às denúncias implacáveis que revelam os mais perversos segredos de uma sociedade maculada pela máscara da hipocrisia), resumida nesta indagação por ele formulada em 1882, na obra “*Papéis Avulsos*”, com a qual concluímos este trabalho: ***Como estabelecer a ordem em uma sociedade fundada em bases contraditórias e violentas?***

A história política e jurídica brasileira pode ser compreendida e até reescrita a partir de uma cuidadosa e refletida análise do conto *O Espelho*, pois a estória de Jacobina reflete exatamente a postura da dita *maioria* dos atuais integrantes dos Três Poderes da República.

Em “*Papéis Avulsos*”, Machado de Assis utiliza de grande ironia e um pouco de pessimismo para tratar a respeito da contradição entre ser e parecer, entre vida pública e vida interior/intima, entre a máscara e o desejo. ***Os fatos são tudo***, dizia Ele para tratar desses pares antagônicos, justamente para contrapor *as reais intenções* das personagens *com o que elas aparentam*.

Neste conto, *O Espelho*, Machado de Assis entende que a nossa “alma externa”, ligada ao *status* e prestígio social, à imagem que os outros fazem de nós, é muito mais importante do que a nossa “alma interna”, ou seja, a nossa real personalidade.

Nas palavras dele: “não há uma só alma, há duas. Nada menos de duas almas. Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro. Espantem-se à vontade. Há casos, por exemplo, que um simples botão de camisa é a alma exterior de uma pessoa. Está claro que o ofício dessa segunda alma é transmitir a vida, como a primeira: as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e, casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira.”

Será que foi por isso que a Min. Rosa Weber, naquela sessão, homenageando a colegialidade, disse: “*decido assim pois é como o Tribunal disse que deve ser, embora bem saiba que o Tribunal está errado*”?

Ao contrário de tudo o que disseram a maioria do STF, ao citarem Dworkin, o conceito fundamental de Direito para ele é **fraternidade**, como sinônimo de **comunidade**. O intérprete deve ser responsabilizado pelo respeito à **integridade** do princípio que alicerça a sua interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. A tese de Dworkin é esta: *o direito como integridade se revela como a melhor concepção de direito quando comparado entre o convencionalismo e o pragmatismo. O direito como integridade sustenta-se na personificação da comunidade política enquanto agente moral que deve justificar a invasão na esfera individual de seus membros a partir de princípios de moralidade política inscritos na História Institucional.*

A par disso, deveriam os(as) eminentes Ministros(as) atribuírem em seus votos o **princípio da caridade** a fim demonstrarem à sociedade - como um todo - qual a melhor comunicação possível com que querem justificar a execução antecipada da pena, de tal modo que a razão prática dessa eventual viragem jurisprudencial atravesse a história institucional jurídica na tentativa de reconciliar o passado, o presente e o futuro, e, mais do que isso, fazer com que os atuais e futuros juristas exerçam esta atividade interpretativa e política que é o direito cientes de que possuem um compromisso com a sua comunidade, pois, para Dworkin, o direito

é uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.¹ (sublinhamos)

¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

REFERÊNCIAS:

- ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.
- ARABI, Abhner Youssif Mota. **O processo não é problema, é garantia.** O casuísma é que é o problema. Revista ConJur, 05 de abril 2015, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema>>, acesso em 16 Jun. 2018.
- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado.** 5^a ed. - Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: MÉTODO. 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. ***Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC.*** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bitencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>; cf., também, as seguintes matérias: <https://www.jota.info/presuncao-de-inocencia-impede-prisao-enquanto-ha-direito-a-recurso-defende-oab>; <https://www.jota.info/para-advogados-decisao-do-stf-enterra-o-garantismo-penal-no-brasil>; <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-anticipar-pena> (acesso em 10 abr. 2018). Para uma posição favorável à recente decisão do STF, cf. ARAS, Vladimir. **Pelo MP – equilíbrio de garantias.** Disponível em <https://www.jota.info/pelo-mp-equilibrio-de-garantias>. Acesso 05 abr. 2018.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena:** os porretes de Eros Grau. Revista ConJur, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em 17 Jun. 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Rio de Janeiro: JusPODIVM. 2016.
- D'ASCENÇÃO, Luiz Carlos M. **Organização, sistemas e métodos: análise, redesenho e informatização de processos administrativos.** 1^a ed. – 10^a reimpr. – São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. 3a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 5^a ed. – 5^a reimpr. – São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FRISCHEISEN, Luiza. GARCIA, Mônica. GUSMAN, Fábio. **Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078.** In PELELLA, Eduardo. CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

INTERNET. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

INTERNET. Site Portal Brasil. <http://www.brasil.gov.br/governo/2017/07/decreto-desburocratizacao-torna-servico-publico-mais-transparente> - Acesso em período variado

INTERNET. RGPD - Revista Gestão Pública, Práticas e Desafios. Eficiência nas Organizações Públicas e Gestão do Conhecimento: Otimizando Sistemas. <https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaopublica/article/view/933/720> - Acesso em período variado

INTERNET. Site do Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil> - Acesso em período variado

INTERNET. Site do Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em período variado

INTERNET. Site do Conselho Nacional de Justiça. Informação acessada no dia 27.07.2017 - <http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>

INTERNET. Site do Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> – Acesso em período variado

INTERNET. Site do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. TJRO investe em segurança e tecnologia com instalação de Sala Cofre. <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/6469-tjro-investe-em-seguranca-e-tecnologia-com-instalacao-de-sala-cofre> - Acesso em período variado

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGUEL, Alexandre. **Conduta funcional e regime disciplinar no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.** Série Revista de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – Dissertação de Mestrado/FGV-Rio. Publicação Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho: DIGRAF, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 12. ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. ***Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico.*** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, e STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>, acesso 18 abr. 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; Boaro, Guilherme. **Uma lupa no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752.** Conjur, 25 de Abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opiniao-lupa-voto-barroso-hc-152752-parte>. Acesso em período variado.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória.** 10^a ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPODIVM. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35^a ed. rev. e atual. até a EC n. 68/2011 – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF?** Revista Conjur, 24 de abril de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>>, acesso em 17 Jun. 2018.

_____. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Interpretação conforme em declaração positiva de constitucionalidade?** Revista Conjur, 29 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-29/observatorio-constitucional-interpretacao-conforme-declaracao-positiva-constitucionalidade>>, acesso em 16 Jun. 2018.

_____. **Supremo e a presunção da inocência:** interpretação conforme a quê? Revista Conjur, 07 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>, acesso em: 16 Jun. 2018.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 15^a ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo: Saraiva, 2012.