Como citar esse artigo:

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Habeas Corpus 126.292**. *In*: Estudos em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Larissa Pinho de Alencar Lima (coord.) Curitiba: Juruá, 2020, p. 197. ISBN: 978-65-5605-182-6 Site da Editora: https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=28588&pag=197

- HABEAS CORPUS 126.292-

José Laurindo de Souza Netto [1]

RESUMO
O trabalho versa sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso proferido no Habeas Corpus nº 126.292. Na decisão examina-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, bem como a possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau.

1. INTRODUÇÃO

O tema da prisão após condenação em segunda instância é recorrente em discussões no meio jurídico, particularmente após os desdobramentos da Operação Lava-Jato, que trouxe a questão à tona mais uma vez na corte suprema do país, ainda que já tenha sido enfrentada outras três vezes pelo colegiado de ministros.

A controvérsia gira em torno do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Sobre essa disposição os entendimentos possíveis são múltiplos, com parte da doutrina entendendo que a execução provisória da pena após condenação em segundo grau, quando confirmada por autoridade competente, não é incompatível com a Constituição, enquanto que outra parte dos doutrinadores

[1] Desembargador. 2º Vice-Presidente do TJPR. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós-doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes. É professor da Escola da Magistratura do Paraná sendo coordenador científico de cursos de formação inicial e continuado para Magistrados junto a Emap, Coordenador Regional da Escola Nacional da Magistratura (ENM). Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revista nacionais e internacionais. Palestrante e conferencista no Brasil e no Exterior. Email: jln@tjpr.jus.br .

compreende que não pode haver execução de pena antes do trânsito em julgado, pois fazê-lo feriria o princípio da presunção de inocência consagrado por dispositivo constitucional.

O debate no STF iniciou-se em 1991, três anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se fixou o entendimento na Corte, por decisão unânime do *Habeas Corpus* 687261/130-DF, de que não era necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória para o início da execução da pena. Em seu voto, o relator, ministro Néri da Silveira, declarou que não enxergava incompatibilidade da execução com o dispositivo constitucional, pois:

> *"A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na qual a espécie sucedeu.* [2]*"*

Esta decisão se manteve como *topos* do Direito Penal brasileiro até 2009, quando a discussão foi reavivada em decorrência da divergência de entendimentos, instalada gradativamente ao longo dos anos, entre diferentes turmas do STF, o que deixou clara, naquele momento, a necessidade de novo debate do assunto. Em decisão do *Habeas Corpus* 84078/7-MG, por 7 votos a 4, se decidiu contrariamente à execução de pena antes do trânsito em julgado, sendo concedido o remédio ao paciente, que havia sido condenado nas instâncias inferiores por homicídio e, preventivamente preso, solicitou a soltura alegando inconstitucionalidade da prisão. Sendo a questão levada ao plenário, com relatoria do ministro Eros Grau, o debate apresentou uma contraposição ao entendimento previamente estabelecido, com os votos predominantes destacando principalmente os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa. Em seu voto, o supracitado ministro afirmou:

> *"Aliás, 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. Não me parece possível,*

---

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 687261/130-DF. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Relator: ministro Néri da Silveira. Brasília, 20 de junho de 1991. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 20/11/92, Ementário nº 1685, p.4. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186

salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.[3]*"*

Os votos dissonantes, dos ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, dissertaram acerca do fato de que, no que tange aos recursos às instâncias superiores, não há efeito suspensivo, dada a natureza meramente devolutiva desses recursos. Os principais argumentos desses ministros, no entanto, versaram sobre o risco de essa decisão gerar *"uma inoperância do sistema que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais igualmente garantidos constitucionalmente"* (DIREITO, 2009). A latente preocupação, aqui, era reconhecer e sopesar os diferentes princípios conflitantes nessa controvérsia, na qual a presunção de inocência se choca com a garantia de proteção social; para os quatro ministros, no entanto, o princípio da presunção de inocência não poderia ser absoluto, pois assim eclipsaria outros princípios constitucionais igualmente importantes e ignoraria as decisões embasadas das cortes inferiores, gerando, na prática, uma terceira instância que alongaria indeterminadamente os procedimentos, violando assim o princípio da razoável duração do processo e estimulando a impunidade. O voto do ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292-SP, em 2016, seguiu linha argumentativa semelhante, porém trazendo novos elementos interpretativos ao debate e contribuindo para o estabelecimento do novo entendimento que vigorou a partir de então.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O *Habeas Corpus* 126.292-SP tratava-se de remédio impetrado em favor de indivíduo condenado, em duas instâncias, por *roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas* (Código Penal, art. 157, § 2º, I e II). Expedido o mandado de prisão, sua legitimidade foi questionada pelo paciente, que, através de sucessivos recursos, buscava anular ou postergar o cumprimento provisório da sentença.

Um dos primeiros argumentos do ministro Barroso a favor da execução de pena após condenação em segunda instância é o da ocorrência de mutação constitucional. Segundo ele, esse seria o mecanismo que permite que o sentido do texto se adapte às

---

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84078/7-MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Serviço de Jurisprudência do STF, DJe nº 35, Ementário nº 2391-5, p.10. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531

diferentes necessidades surgidas ao longo do tempo sem que se tenha, no entanto, que modificar o próprio texto da lei; é um mecanismo, em suma, que serve para conformar a norma constitucional ao tempo. Segundo MARINONI (2016), "*a rigidez constitucional, trazida pela dificuldade maior de alteração do texto constitucional em relação ao processo legislativo ordinário, serve ao propósito de garantir a permanência e estabilidade, embora não a imutabilidade da Constituição"*. Portanto, para que uma Constituição sobreviva, ela precisa ser adaptável, maleável, prevendo não apenas as ferramentas para sua própria reforma, mas também tornando seu conteúdo plausível de interpretação.

O ministro utiliza a justificativa da mutação para enxergar o Direito – e, consequentemente, a Constituição – como um reflexo necessário da realidade, imerso num mundo concreto e real, devendo, portanto, ser adaptável à maleabilidade do tecido social. Nesse sentido, seu embasamento vem de HESSE (1991), que afirmava a existência de condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e realidade fática, estando a Carta Magna e a sociedade envoltas numa constante rede de trocas e interações, de modo que uma não pode ser considerada de forma isolada da outra, pois de outra forma não haveria o entendimento completo dos problemas verificáveis na realidade e no ordenamento jurídico, tornando a Constituição, assim, ineficaz. Segundo o próprio ministro Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, *"a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade"* (BARROSO, 2015). É, então, mecanismo plástico, responsivo, que entra em ação após o estímulo de uma sociedade em mudanças e que, no caso em questão, serve como resposta ao *impacto traumático* que, segundo o ministro, foi causado pela decisão de 2009.

O ministro também fez uso de estatísticas para defender sua posição, ressaltando o número mínimo de recursos aos tribunais superiores que são providos em favor do réu; tal argumento encontra paralelo no voto vencido do ministro Joaquim Barbosa, em 2009, que afirmou que, de 167 Recursos Especiais julgados até então por ele, somente 4% foram providos (BARBOSA, 2009).

Continuando o argumento em prol da mutação constitucional, o ministro Barroso ressalta que o número de recursos possíveis a quem pode pagar pelos melhores advogados é infindável, de forma que um sistema penal baseado nessa premissa não apenas é desigual, como também gera profundo descrédito na população, que passa a enxergar a excessiva procrastinação do Judiciário como mais um sinal da impunidade que

grassa no Brasil. Se faz necessária, portanto, a aplicação da mutação, de forma que a interpretação da Lei e da Constituição passem a refletir a realidade social, naquilo que MIRANDA (2013) chama de *vicissitude constitucional*, ou seja, quaisquer eventos que se projetem sobre a própria subsistência da Constituição e de suas normas.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na parte II de seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso discorre acerca de alguns fundamentos jurídicos que embasam a possibilidade de execução de condenação penal após a decisão de segunda instância. O primeiro fundamento é o de que o pressuposto para decretação de prisão, no Brasil, não é o trânsito em julgado, mas sim ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, como evidenciado no art. 5º, LXI da CF88.

Para chegar a essa conclusão, o eminente ministro ressalta a diferenciação fundamental entre dois incisos do art. 5º: o inciso LVII define que *ninguém será considerado* ***culpado*** *até trânsito em julgado*, enquanto que o inciso LXI aponta que *ninguém será* ***preso*** *senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente*. A redação dos dois artigos deixa claro: a Constituição Federal diferencia, em seu corpo, os fatores da culpabilidade e da prisão; o inciso LVII afirma que ninguém será considerado culpado, não preso, enquanto que o LXI aponta a prisão independentemente de culpa, desde que haja embasamento legal suficiente para isso. Ora, se não fosse esse o caso, nenhum tipo de prisão preventiva seria permitido, pois todos se dão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a *legalidade* da prisão – e não o trânsito em julgado – sendo elemento básico para que ela ocorra (BITENCOURT, 2018). Este fundamento foi também tratado, ainda que de forma fugidia, nos votos dos ministros que defenderam, no debate havido em 2009, a execução da pena após condenação em segundo grau, porém não foram desenvolvidos em profundidade na ocasião.

O segundo fundamento jurídico trazido pelo ministro é o da necessidade de ponderação entre diferentes princípios constitucionais. Para o ministro, ao contrário das regras, que, como relatos objetivos e descritivos, possuem operação com base no *tudo-ou-nada*, os princípios necessitam de interpretação, pois se tratam de valores e ideais que, ainda que incorporados a um documento normativo, não possuem caráter de regra. De acordo com CANOTILHO (2000), existem 5 critérios básicos para diferenciar normas e

princípios, sendo eles: a) *grau de abstração*, que, no caso dos princípios, é maior do que na norma; b) *grau de determinabilidade do caso concreto*, que para os princípios é baixo, pois necessita de interpretação e intermediação para sua aplicação, enquanto que as regras podem ser aplicadas de pronto; c) *caráter de fundamentalidade*, ou seja, que tipo de função os princípios e regras possuem no ordenamento jurídico, com os primeiros sendo dotados de um caráter mais estruturante que as regras; d) *proximidade da ideia de Direito*, que diferencia norma e princípios com base no fato de que a primeira pode derivar de um conteúdo meramente formal, enquanto que os segundos estão imbuídos na racionalidade do Direito (LARENZ, 1997) ou da Justiça (DWORKIN, 2019); e) *natureza normogenética*, ou seja, os princípios como fundamento da norma. Dada a natureza fundamentalmente diferente – inclusive hierarquicamente – de princípios e regras, portanto, não há como aplica-los de forma estanque, sendo que os princípios necessitam de intermédio intelectual para sua efetiva aplicação, enquanto que as regras, ainda que prescritivas, necessitam do embasamento dos princípios que estruturam o ordenamento jurídico.

Sendo a presunção de inocência um princípio, portanto, não pode ser absoluto, dado que, como ressalta BRANCO (2017), mesmo os princípios e direitos fundamentais expressos constitucionalmente estão sujeitos a limitações e ao sopesamento necessários para sua adequação à realidade fática, não estando sujeitos, consequentemente, à mentalidade que rege a aplicação da regra (DWORKIN, 2010), sendo, antes, critérios que auxiliam na tomada de decisões após o confrontamento da teoria com a realidade, ou, de acordo com ALEXY (2014), *mandados de otimização* que devem ser balanceados para que se obtenha o *resultado ótimo* diante das condições fáticas.

Sendo assim, tem-se, na situação da prisão após condenação em 2º grau, um caso de colisão entre princípios, posto que mais de um deles é aplicável à mesma situação: por um lado, o princípio da presunção de inocência – que, de acordo com o ministro Barroso, se encontra diluído após as embasadas condenações das instâncias inferiores –, e, por outro, os princípios da razoável duração do processo, da efetividade do direito penal e da proteção aos bens jurídicos tutelados por ele. Como leciona ALEXY (2014), reiteradamente usado como embasamento pelo ministro em seu voto, em caso de colisão de princípios é necessário o sopesamento entre eles, adotando-os por inteiro ou apenas em parte, buscando sempre o melhor resultado possível para a situação em foco. É essa a base para o pensamento do ministro Barroso neste argumento, que afirma que *"o*

sacrifício que se impõe ao princípio da não-culpabilidade (...) é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça".

A não-culpabilidade, se possui *peso máximo* na fase pré-processual e na etapa de apuração do delito, não pode permanecer com este peso ao cabo da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, posto o ato criminoso já ter sido largamente investigado, a oportunidade de ampla defesa plenamente concedida e o indivíduo já devidamente julgado pelas autoridades competentes; impõe-se, portanto, a relativização de um princípio em prol da valorização de outros, que, a esta altura do processo, se colocam como necessidades, como a proteção dos bens jurídicos fundamentais, por exemplo, de forma a vedar, proporcionalmente, tanto o excesso quanto a insuficiência da proteção estatal: *"A noção da proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticadas por terceiros"* (GRACIE, 2009).

4. FUNDAMENTOS INFRA-CONSTITUCIONAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Além de a própria Constituição Federal de 88 possibilitar, por meio do necessário sopesamento de seus princípios, a prisão após a condenação em 2ª instância, existe também um vasto aparato infraconstitucional que não apenas permite como também serve especificamente para essas situações, principalmente no que tange ao papel da lei penal como garantidora da ordem pública e social.

Segundo o ministro Barroso, o art. 312 do Código de Processo Penal é claro ao especificar as situações nas quais a prisão preventiva se justifica, evidenciando que também as normas infraconstitucionais, em consonância com a Constituição, permitem essa modalidade de decretação antes do trânsito em julgado. De acordo com o próprio código, a prisão preventiva *"poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria"* (CPP, art. 312). Nesse sentido, foram manifestos os interesses do legislador: garantir não apenas que os procedimentos e a investigação se deem da forma mais correta e célere possível, como também assegurar a preservação da ordem pública em dois caminhos, por um lado evitando a reincidência do indivíduo na prática criminosa e, por

outro, reiterando a segurança e a credibilidade do Poder Judiciário diante do jurisdicionado. De acordo com GRACIE (2005), portanto, *"não há qualquer norma legal expressa que condicione o início da execução de condenação imposta pela sentença, confirmada em segundo grau de jurisdição, ao trânsito em julgado"*.

Sendo a condenação em segundo grau de jurisdição o estabelecimento, conforme o voto do ministro Barroso, da certeza da *materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas*, a experiência brasileira mostra a irrazoabilidade do retardamento da prisão do réu, que implica em efeitos nefastos sobre a sociedade e sobre os direitos fundamentais da população, violando *a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas* em nome daquilo que o ministro chama de *formalismo estéril*, ou seja, a insistência em colocar todas as formalidades processuais acima da situação fática, o que, resta evidente, impacta negativamente a população. Barroso defende, aqui, não a aplicação do enunciado normativo por si mesmo, em sua forma fria e estéril, mas sim a sua interpretação de acordo com os fatos e a realidade, numa aplicação da hermenêutica jurídica defendida por MAXIMILIANO:

> *"Pode toda regra jurídica ser considerada como uma proposição que subordina a certos elementos de fato uma consequência necessária; incumbe ao intérprete descobrir e aproximar da vida concreta, não só as condições implícitas no texto, como também a solução que este liga a elas.* [4]"

A interpretação do direito posto, no entanto, não se resume à pura aplicação arbitrária, que acarretaria mais danos do que benefícios. De acordo com DWORKIN (2019), o Direito deve ser entendido como um empreendimento coletivo, compartilhado pela sociedade, numa construção histórica que constituiria uma *comunidade de princípios* à qual todo julgador deveria vincular suas decisões, não como amarras, mas sim em consideração à realidade fática. Sendo assim, o ato de julgar se trata, antes, de um processo abrangente, pois, de acordo com STRECK (2014), *"para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos de ter uma pré-compreensão, constituída de uma estrutura prévia do sentido"*. Dessa forma, a interpretação passa necessariamente por uma análise da realidade, consubstanciando o Direito ao mundo dos fatos (ÁVILA, 2016), de forma a concretizar, no plano real, a norma, que, sem a interpretação do julgador, não passa de mero texto (GRAU, 2002).

---

[4] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.22.

Para o ministro Barroso, a interpretação que demanda o trânsito em julgado para a execução da sentença penal condenatória possui, também, o condão de gerar um *uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer*, o que se reflete não apenas em estímulo à impenitência, mas também em um descrédito absoluto ao Poder Judiciário. São inúmeros os casos nos quais os condenados abusam dos instrumentos a eles disponibilizados, impetrando recurso após recurso de forma a impedir o cumprimento da pena, o que, num país como o Brasil, com um sistema de Justiça abarrotado e congestionado – que, para além do excesso de demandas, também conta com generosas ferramentas processuais ao réu – enseja de forma inevitável a impunidade. Cabe ressaltar, aqui, a menção feita ao ministro Francisco Rezek em 2009 pela ministra Ellen Gracie:

> *"Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado da decisão condenatória ocorre com maior rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.* [5]*"*

Tanto na decisão de 2009 quanto na decisão de 2016, vários ministros suscitaram o problema da procrastinação gerada pela necessidade de aguardo do trânsito em julgado, exigência que inviabiliza em absoluto qualquer busca por uma prestação jurisdicional ágil e que, consequentemente, viola não apenas os direitos à vida e segurança da população, como também o princípio da razoável duração do processo, todos eles previstos constitucionalmente.

5. O PANORAMA INTERNACIONAL

Partindo ao direito comparado, nem mesmo os mais livres e prósperos países do mundo permitem que o réu continue em liberdade após sua condenação em múltiplas instâncias, sendo que em vários deles, como na Inglaterra e nos Estados Unidos, o réu passa a cumprir pena, em geral, logo após a condenação em primeira instância, devendo aguardar preso a análise de seus recursos às outras instâncias. Segundo FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN (2016), uma análise do panorama geral de alguns dos países mais desenvolvidos – berços históricos dos preceitos da liberdade, do devido processo legal e

---

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71026/SP. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Demerval da Fonseca Nevoeiro Júnior. Relator: ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 19 de abril de 1994.

da proteção do indivíduo contra arbitrariedades do Estado – revela ordenamentos jurídicos que não obstam o cumprimento da pena após condenação por instâncias ordinárias, resultando em processos mais céleres e eficazes, que cumprem adequadamente a prestação jurisdicional e os propósitos de seus sistemas de Justiça. De acordo com os autores supracitados,

> "A execução provisória não significa o fim de direitos processuais inerentes ao indivíduo. Conforme se demonstrou, a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países que criaram a própria ideia de direitos fundamentais – interpreta a presunção da inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime. [6]"

O princípio da presunção de inocência e o respeito aos direitos fundamentais, portanto, são plenamente conciliáveis com uma atuação efetiva do Estado contra o crime, de forma a proteger o melhor interesse do jurisdicionado, sendo a experiência brasileira a comprovação do erro de se permitir procrastinação tão grande na tramitação processual. Segundo o ministro Barroso, o pressuposto da razoável duração do processo se reveste, portanto, não apenas de sua caracterização como direito fundamental, mas também de *"exigência de ordem pública, em nome da eficácia e credibilidade do Poder Judiciário"*.

6. FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS

No voto, o ministro Barroso finaliza suas razões dissertando acerca dos fundamentos pragmáticos em favor do seu entendimento. Segundo o ministro, esse pragmatismo jurídico se faz necessário ao julgador, que deve unir o *contextualismo*, ou seja, a constatação da realidade e da situação fática, ao *consequencialismo*, que seria a adequada análise dos resultados práticos que serão gerados por cada decisão; sopesando essas duas questões, portanto, caberia ao julgador buscar, através de sua decisão, o melhor resultado possível para a sociedade. Nesse sentido, o ministro resgata alguns dos pontos de POSNER (2010), principalmente ao pensar a consideração dos *resultados* como parte

---

[6] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. GARCIA, Mônica Nicida. GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Artigo científico: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília, 2016, p.25. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf

integrante do processo decisório, ainda que concilie essa visão com a necessidade da leitura moral de cada caso, aspecto relegado a segundo plano pelo juiz americano.

A decisão de 2009, sob esse ponto de vista, quando tomada, não levou em consideração os resultados que dela seriam oriundos nem seus impactos na realidade fática, baseando-se pura e simplesmente no já criticado *formalismo estéril* mencionado pelo ministro. Dentre alguns dos resultados nefastos da decisão elencados por Barroso em seu voto, encontram-se *o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade*. Seria essencial, portanto, resgatar o pragmatismo em prol da reversão de uma decisão que culminou em efeitos danosos para a sociedade.

Um dos principais argumentos pragmáticos do ministro Barroso pela reversão do entendimento versa sobre a necessidade de se reestabelecer o equilíbrio e a funcionalidade do sistema de justiça criminal, recolocando, consequentemente, o Supremo Tribunal Federal em seu lugar de Direito, qual seja, de corte que decide apenas sobre questões excepcionalíssimas, bem como reestabelecendo a credibilidade das instâncias ordinárias, transformadas em meras *instâncias de passagem* a caminho do STF e do STJ, o que, na prática, criou um *quádruplo grau* de jurisdição. Cumpre resgatar, aqui, a principal herança de KELSEN (2009), sua teoria sobre o ordenamento jurídico, representado por uma pirâmide encimada pela Constituição que, por sua vez, é legitimada pelo Poder Constituinte, sendo um conjunto dotado de coerência e completude (BOBBIO, 2014): ao se reduzir a suprema corte ao papel de terceira ou quarta instância, sua real função – a de deliberar sobre questões fundamentais ao ordenamento jurídico nacional – fica relegada a um plano irrelevante, de forma não apenas a desprestigiar sua razão mesma de existir, como também desautorizando os papéis essenciais cumpridos pelas instâncias ordinárias.

Os dois últimos argumentos pragmáticos do voto do ministro são intimamente relacionados, sendo o primeiro a defesa da *diminuição da seletividade do sistema criminal* brasileiro e o segundo a *quebra do paradigma da impunidade*. A concretização da decisão de 2009 resultou numa acentuação da seletividade do sistema criminal, dado que favoreceu aos indivíduos com *condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro*; dessa forma, aqueles indivíduos condenados em ambas as instâncias que tivessem meios financeiros para pagar as custas processuais e os melhores advogados poderiam, como demonstrado pelo ministro, postergar quase que indefinidamente o cumprimento da sentença, interpondo inúmeros recursos meramente

protelatórios, coisa que os réus mais pobres, sem dispor de tais condições, não poderiam fazer. O resultado prático se revela, portanto, nas prisões, repletas de indivíduos com menos condições, porém escassas em criminosos do colarinho branco, numa concretização quase que literal dos ensinamentos de SUTHERLAND (2015), segundo o qual os crimes cometidos por indivíduos ricos passavam desapercebidos pelo sistema de Justiça e das estatísticas de crimes, resultando na sua baixíssima penalização.

Fato notório agravado pela decisão de 2009 foi, também, o estabelecimento de um paradigma da impunidade, sustentado pelo prodigioso número de possibilidades recursais disponíveis aos réus após a condenação em 2º grau de jurisdição. O sistema judicial brasileiro, abarrotado por demandas, não consegue – salvo louváveis exceções – processar essas demandas com a celeridade necessária. O resultado prático é desastroso para a sociedade: aumento da reincidência, concretização da impunidade e, resultante destes fatores, o crescente descrédito do Poder Judiciário diante da população. Esses problemas são agravados pelo entendimento de que a execução da pena só pode se dar após o trânsito em julgado, o que, como demonstrado, estende indefinidamente o trâmite processual, principalmente para aqueles que possuem os meios para seguir interpondo recursos e mais recursos. A execução da pena após condenação nas instâncias ordinárias, se não resolve inteiramente o paradigma da impunidade, é importante para a sua superação, contribuindo para evitar a prescrição dos delitos e reiterando o dever do Poder Judiciário, além de valorizar novamente o importante papel prestado nos graus ordinários de jurisdição. Sua aplicação, sobretudo, é capaz de restaurar *"o sentimento social de eficácia da lei penal"*, mostrando, para a sociedade, que o Judiciário é capaz de construir um sistema justo, igualitário e eficaz, que não tolera a impunidade, seja de quem for.

7. CONCLUSÃO

O voto do ministro Barroso é rico em embasamento, austeridade, forma e argumentação. Suas ponderações são acertadas e precisas, restando evidente, de seus argumentos, a busca por um sistema de justiça que efetivamente atenda às demandas do jurisdicionado. As preocupações do ministro, aqui, demonstram a renovação de um entendimento que, apesar de consolidado, havia sido quebrado na decisão de 2009, decisão essa que, como se demonstrou, resultou em piora dos problemas já enfrentados há anos pela Justiça brasileira.

Dentre as várias contribuições do voto, as principais versam sobre a profunda preocupação do ministro em analisar a questão sob o viés da realidade fática, afastando interpretações meramente legalistas, num viés que agrega como pontos principais a análise da Constituição, das leis infraconstitucionais, da hermenêutica constitucional, dos exemplos internacionais e, mais importante, dos impactos que, a partir desta importante decisão, afetam a sociedade.

O embasamento teórico do ministro Barroso evidencia uma relação direta com as mais recentes teorias nas searas do Direito Constitucional e do Direito Penal, num claro exemplo da aplicação do ministro, que se esforça, reiteradamente, para estar na vanguarda do Direito brasileiro, buscando cumprir o grande papel atribuído, por ele, às supremas cortes contemporâneas (BARROSO, 2018): *contramajoritário, representativo e iluminista*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Volume 1*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, *Código de Processo Penal*, Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 687261/130-DF*. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Relator: ministro Néri da Silveira. Brasília, 20 de junho de 1991. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 20/11/92, Ementário nº 1685.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71026/SP*. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Demerval da Fonseca Nevoeiro Júnior. Relator: ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 19 de abril de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 85886/4-RJ*. Impetrante: Denise Martha Alvariza Garcia Demercian. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Relatora: ministra Ellen Gracie. Brasília, 06 de setembro de 2005. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 28/10/05, Ementário nº 2211-2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078/7-MG*. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Serviço de Jurisprudência do STF, DJe nº 35, Ementário nº 2391-5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. GARCIA, Mônica Nicida. GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Artigo científico: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. São Paulo: Fabris Editora, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Editora, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.22.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

POSNER, Richard. Direito, *Pragmatismo e Democracia*. São Paulo: Editora Forense, 2010.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Juridica E(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUTHERLAND, Edwin. *Crimes de Colarinho Branco*. Coleção Pensamento Criminológico, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.