



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RAFAEL DE MELO BRANDÃO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A RELATIVIZAÇÃO
DA GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Brasília

2019

RAFAEL DE MELO BRANDÃO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A RELATIVIZAÇÃO DA
GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília

2019

RAFAEL DE MELO BRANDÃO

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E A RELATIVIZAÇÃO DA GARANTIA
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão (Orientador)

Universidade de Brasília

Professor Guilherme Pupe da Nóbrega (Avaliador)

Instituto Brasiliense de Direito Público

Professora Tainá Aguiar (Avaliador)

Universidade de Brasília

Brasília, 15 de março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Durante a minha graduação, por muitas vezes, ouvi dizer que a parte mais fácil de escrever um trabalho acadêmico era a dos agradecimentos. “Basta agradecer a Deus, à família e aos professores”, diziam. Contudo, concluindo este trabalho de conclusão de curso, não poderia discordar mais dessa opinião. Isso porque agradecimentos tão simplórios jamais seriam capazes de expressar a profunda e eterna gratidão que eu sinto a todas as pessoas sem as quais esta monografia, e certamente toda a minha graduação, não teria sido possível.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família. Ao meu pai, pela eterna disposição em me guiar e debater comigo as minúcias da carreira que, por coincidência, compartilhamos. À minha mãe, pela eterna preocupação e cuidados comigo, os quais sei que, ainda que estes possam, por vezes, ter me causado mágoas, possuíam sempre as melhores das intenções. À minha irmã, pelo eterno companheirismo desde que me recordo. À Lu e à Giovana, por me aceitarem como parte de sua família, assim como as tenho na minha, e por sempre me ajudarem no que quer que eu precise. Enfim, a todos, por me apoiarem e confiarem em mim a cada dia.

Devo agradecer também aos meus amigos, dentro e fora da universidade, os quais, graças a Deus, são demasiados para listar. Obrigado a todos por compartilharem comigo todas as felicidades, mas também todas as angústias, vividas ao longo dessa graduação. Agradeço, especialmente, aos amigos Claus e Henry, pela incansável companhia ao longo das madrugadas de trabalho; Carol e Marcelo, por me auxiliarem, sem que eu sequer pedisse, na revisão deste trabalho; e à Lígia, por suportar meus desabafos e me confortar, sempre que necessário. Tenho certeza que não seria metade do que sou hoje sem vocês.

Por fim, mas não menos importante, sou imensamente grato ao meu orientador, professor Jorge Galvão, não apenas por servir de inspiração e me guiar ao longo de todo esse processo, sempre me tratando com carinho e a máxima disposição para me ajudar, mas também pelo imensurável aprendizado que me proporcionou, o qual me levou a me interessar pelo direito constitucional em primeiro lugar. Agradeço, também, aos professores Guilherme Pupe e Tainá Aguiar, por aceitarem, de última hora e sem pestanejar, o meu convite para comporem esta banca de avaliação. Sem vocês, esta obra não teria como existir.

Meu mais sincero obrigado a todos.

RESUMO

Este estudo tem o objetivo de analisar a relativização do direito constitucional à presunção de inocência causada pela aplicação, pela corte constitucional brasileira, da doutrina neoconstitucional em casos de controle de constitucionalidade a partir de 2009 até o presente (2019). Primeiramente, se empreende um esforço para compreender o contexto histórico e jurídico que deu ensejo ao nascimento do Neoconstitucionalismo, bem como a essência e as teses dessa corrente doutrinária. Da mesma forma, buscar-se-á entender a evolução do ordenamento jurídico brasileiro na temática da prisão de condenados por sentença condenatória de segunda instância, anteriormente ao julgamento ou transcurso dos prazos de recursos aos tribunais superiores. Por fim, demonstra-se que a aplicação da doutrina neoconstitucionalista na jurisdição brasileira tem servido de fundamento para a adoção de posicionamentos prejudiciais à condição de réus condenados, resultando num efetivo processo de desconstrução do direito fundamental à presunção de inocência.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Cumprimento Antecipado da Pena; Presunção de Inocência.

ABSTRACT

This study aims to analyze the relativization of the constitutional right of presumption of innocence caused by the application, by the Brazilian constitutional court, of the neo-constitutional doctrine in judicial review cases from 2009 until the present day (2019). Firstly, an effort is made to comprehend the historical and juridical context that gave place to the birth of Neoconstitutionalism, as well as the soul and thesis of said doctrinaire movement. In the same vein, it shall try to understand the evolution of the Brazilian legal order about the theme of the arrest of a defendant found guilty by a verdict from a second level appeals court, but before the deadlines for appealing or the judgment of appeals to the higher courts. Finally, it demonstrates that the application of the neoconstitutionalism doctrine in the Brazilian jurisdiction has been used to justify the adoption of new understandings that worsen the conditions of the condemned defendants, resulting in an effective process of deconstruction of the fundamental right of presumption of innocence.

Keywords: Neoconstitutionalism; Early Sentence Execution; Presumption of Innocence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGEM E SIGNIFICADO DO “NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL”	8
1.1 O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	9
1.2 AS ORIGENS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	15
1.3 TESES DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	20
2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: PROGRESSÃO HISTÓRICA DO TEMA	28
2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	28
2.2 HC 84.078/2009: CONTROVÉRSIA ACERCA DA PRISÃO PRÉVIA AO TRÂNSITO EM JULGADO.....	31
2.3 HC 126.292/2015: RETOMADA DA PERMISSÃO DE EXECUÇÃO APÓS SEGUNDO GRAU.....	36
2.4 ADCS 43, 44 E 54: RECONSIDERAÇÃO E POSSÍVEL RETIFICAÇÃO?	39
3. O IMPACTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO RELATIVO À POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO	45
3.1 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NA CONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO PRÓ-EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE SEGUNDO GRAU.....	46
3.2 – OS RISCOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO DEMONSTRADOS PELA DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Uma das mais memoráveis reviravoltas paradigmáticas operadas no âmbito do direito brasileiro foi, sem dúvida alguma, a ocorrida no tema da prisão imediata do réu condenado por sentença de segundo grau, mas a qual não transitou ainda em julgado. Desde 2009, era o entendimento dos tribunais superiores de que não poderia se aceitar, em hipótese alguma, que o cumprimento da pena definitiva tivesse início antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob pena de se cometer violação ao princípio constitucional de presunção de inocência, contido no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Isso mudou quando, em surpreendente guinada de interpretação, em 2016, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu abandonar o entendimento vigente há mais de sete anos para, em seu lugar, consagrar tese no sentido diametralmente oposto: a partir dali, a prisão antes do trânsito em julgado deixava de ser absolutamente proibida para se tornar ocorrência comum e, inclusive, recomendada. Mas qual a razão dessa inversão absoluta no entendimento, se o consenso previamente estabelecido era o de que a negativa da possibilidade de antecipação da pena consagrava o espírito de transformação do princípio constitucional de presunção de inocência?

Chama a atenção, nesse sentido, o fato de que o conteúdo da nova decisão, apesar de representar uma retração da garantia de presunção de inocência, estava sendo, pelos Ministros Luís Roberto Barroso e demais que formaram a maioria no julgamento, celebrado como um avanço, um passo emancipatório do direito penal brasileiro na luta contra a impunidade. Essa ótica revolucionária coincide com que defendem as teses do Neoconstitucionalismo, uma das teorias constitucionais de maior crescimento, em número de adeptos, das últimas décadas, e que se destacava justamente pela promessa de ser uma concepção da jurisdição constitucional que, através da ponderação de princípios e outros métodos interpretativos, supera obstáculos e é capaz de conquistar decisões que promovam verdadeiro avanço social.

Surge, assim, a questão: teria a aplicação das teses do Neoconstitucionalismo exercido papel de fundamentação para as decisões que resultaram na grave restrição ao princípio da presunção de inocência? É com o intuito de responder a essa questão, através da compreensão das essências tanto do Neoconstitucionalismo quanto da presunção de inocência no ordenamento brasileiro, que se desenvolve este estudo.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGEM E SIGNIFICADO DO “NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL”

Tema de crescente popularidade nas últimas décadas, o Neoconstitucionalismo é uma das vertentes mais discutidas e veneradas na doutrina constitucional contemporânea. Apresentando-se como uma superação do positivismo histórico, as teses neoconstitucionalistas visam a construção de um direito além das regras formais, que possua maior contato com a realidade e, dessa forma, sirva como um veículo de promoção de mudanças dentro da própria sociedade.

A despeito de, a essa altura, não ser nenhuma novidade no cenário jurídico internacional, a doutrina do Neoconstitucionalismo segue em vertiginoso crescimento desde a sua gênese. Dentro da academia brasileira, em especial, essa vertente tem conquistado consistentemente seguidores desde a redemocratização do país na década de 1980. Da mesma forma, coincide com a mudança de postura do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, o qual busca já há algum tempo se distanciar das teorias constitucionais clássicas em prol do exercício de um papel mais central na conjuntura política do país. Assim, seja no meio acadêmico ou dentro dos próprios tribunais, a doutrina neoconstitucional tem atraído cada vez mais adeptos em todo o país.

O encantamento pelas ideias neoconstitucionais, no entanto, é mais do que compreensível. As possibilidades de utilização do Judiciário como interventor nas questões de esfera política e, portanto, como vetor de transformação social apresentadas pelo Neoconstitucionalismo são, sem dúvida, intrigantes; por esse motivo, certamente, é que tantos teóricos e acadêmicos do meio jurídico tem aderido à corrente. Em verdade, no repertório de adeptos da doutrina neoconstitucional, figuram diversos dos mais renomados juristas do Brasil, tais como Luís Roberto Barroso (2007), Daniel Sarmento (2009) e Ingo Wolfgang Sarlet (2009).

Da mesma forma, também pela magistratura e pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem sido o Neoconstitucionalismo utilizado como fundamento decisões que expandem a interpretação judicial e efetivamente geram mudanças nos casos das mais diversas naturezas. Exemplo marcante se deu quando o Ministro Celso de Mello, decano da corte, fez menção expressa ao Neoconstitucionalismo como marco legitimador do voto

proferido em julgamento sobre o reconhecimento de união homoafetiva, cujo precedente segue sendo citado até a atualidade. Leia-se o referido trecho:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição¹.

Assim, percebe-se, sem dúvidas, que o Neoconstitucionalismo ocupa espaço de destaque na academia jurídica brasileira contemporânea. Para entender, contudo, as razões de tal excepcional aceitação, cumpre compreender o que é, em sua essência, o Neoconstitucionalismo, examinando a própria natureza desta vertente de pensamento desde sua origem.

1.1 O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO?

Ao contrário do que se esperaria de uma corrente doutrinária tão amplamente aceita já há considerável tempo no Brasil, encontrar uma definição unívoca do Neoconstitucionalismo não é tarefa simples. Surpreendentemente, a verdade é o exato oposto: as correntes filosóficas que se denominam neoconstitucionalistas são, na realidade tão distintas entre si que não há como contemplar, em uma concepção única, todas as facetas e teses da doutrina (GALVÃO, 2012).

Tal inconsistência, contudo, não impediu diversos acadêmicos adeptos à doutrina de tentar oferecer, ao menos à sua maneira, definições dos elementos que constituiriam a mesma. E, por esse motivo, se torna possível traçar paralelos entre os diversos conceitos para tentar estabelecer os pontos centrais de concordância que constituiriam, portanto, os elementos principais do Neoconstitucionalismo.

Neste esforço de esboçar uma definição, Miguel Carbonell (2009, p. 198-201) apontou três elementos que, para ele, distinguem o Neoconstitucionalismo de outros movimentos doutrinários:

¹ Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº. 477.544/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/082011, publicado no DJ-e de 26/08/2011, p. 307.

- i) em primeiro lugar, o estabelecimento de constituições pós-guerra que não apenas definam competências e limites aos poderes do Estado, mas que também prevejam direitos fundamentais e subjetivos dos cidadãos;
- ii) em segundo, a existência de práticas jurisprudenciais mais complexas, equipadas com parâmetros interpretativos, tais como a ponderação de princípios, capazes de lidar com a complexidade axiológica de tais constituições;
- iii) por fim, a presença de novos desenvolvimentos teóricos que, além de explicar o fenômeno jurídico, buscam contribuir ativamente para a modificação do mesmo.

Em similar esforço, Luís Roberto Barroso formula sua definição de Neoconstitucionalismo a partir da reconstrução de três elementos, ditos marcos fundamentais, responsáveis pela mudança paradigmática que levou à adoção de uma nova percepção constitucional (2007, p. 205-206). Seriam estes:

- i) o marco histórico, que o autor desdobra em dois momentos distintos: na Europa continental, o marco seria o momento de reconstitucionalização dos países europeus após o término da 2ª Guerra Mundial, marcado especialmente pela adoção de constituições de caráter substantivo – como a Lei Fundamental do Bonn, a constituição alemã de 1949 – e a criação de cortes constitucionais – tal qual o Tribunal Constitucional Federal alemão, instalado dois anos após a promulgação da constituição. Já no Brasil, o momento equivalente seria a redemocratização do país após a ditadura militar, com o advento da Constituição de 1988 – a qual foi capaz de proporcionar, graças a seu caráter igualmente substantivo, o mais longo período de estabilidade política e institucional já vivido pelo país (*op cit*, p. 206-207);
- ii) o marco filosófico, que nada mais é do que o pós-positivismo, consistente do encontro das duas principais correntes de pensamento históricas do direito: o naturalismo e o positivismo jurídicos. Proveniente da derrota histórica de ambos seus progenitores, esta corrente “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (*op cit*, p. 208). Sob esta filosofia, reúnem-se ideias como a atribuição de normatividade aos princípios, a revalorização da argumentação jurídica e da razão prática e a construção de

uma teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade humana, todas as quais representam papéis importantes nas teses defendidas pelo Neoconstitucionalismo;

- iii) o marco histórico, o qual, por sua vez, se desdobra em três transformações na forma de aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à constituição, passando a conferir-lhes a mesma imperatividade e, portanto, coercibilidade, quando de sua inobservância, das demais normas de um ordenamento jurídico; a expansão da jurisdição constitucional, simbolizada pela implementação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade das normas; e o surgimento de uma nova interpretação constitucional, que atribui aos papéis das normas e dos juízes os novos significados de mais do que uma resposta simples e um mero conhecedor da solução correta, respectivamente (*op cit*, p. 209-214).

Da mesma forma, em sua tentativa de conceituação, o jurista Daniel Sarmento (2009, p. 114-123) aponta também para o fenômeno da adoção, pelos países europeus após a Segunda Guerra, de constituições que transcendam o papel meramente procedimental:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.²

O autor ressalta como outro traço característico, ainda, o foco da doutrina no Poder Judiciário, tendo a figura do juiz como seu protagonista. Nesse contexto, o juiz é elevado ao patamar de guardião das promessas civilizatórias, e o Judiciário, a um papel de relativa superioridade sobre as demais instituições, inclusive as legislativas (*op cit*, p. 114-123).

Destaca-se, ainda, o estudo realizado pela italiana Susanna Pozzolo (2006, p. 77-79), no qual esta conclui que o Neoconstitucionalismo consiste principalmente de uma política constitucional fundado numa nova forma de interpretação que, em face da existência de Constituições axiológicas e que exigem técnicas hermenêuticas adequadas para sua

² SARMENTO, 2009, p. 120.

interpretação, se torna uma prática que simultaneamente compreende e reconstrói o objeto interpretado.

Observando as diversas definições postas lado a lado, fica clara a repetição de uma série de elementos – os quais podem, por sua vez, ser reunidos para formular uma concepção básica do Neoconstitucionalismo. Assim, percebe-se que a doutrina neoconstitucional consiste de uma distinta ótica interpretativa, focada na ação dos juízes, sobre as constituições contemporâneas, as quais, em razão dos processos de redemocratização que levaram às suas edições, possuem caráter axiológico e substantivo, não mais meramente procedimentais, exigindo o emprego de técnicas especiais por parte do intérprete para sua adequada compreensão e aplicação. De acordo com Jorge Galvão:

Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocadamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos.³

Definir uma concepção comum do que é o Neoconstitucionalismo, contudo, não é suficiente para compreender por completo a dimensão dessa doutrina, porquanto não explica uma parte fundamental desta: a razão por trás de sua adoção, o porquê de aplicar os ideais neoconstitucionalistas nos casos práticos – em outras palavras, a essência da doutrina neoconstitucional.

A respeito disso, Susanna Pozzolo (2006) afirma que o fator que essencialmente distingue o Neoconstitucionalismo das doutrinas constitucionais clássicas é a especificidade da interpretação constitucional, concebida de forma criativa e que permite aos juízes direcionar as relações da sociedade a fim de conformá-las aos parâmetros que se entende justos. No mesmo sentido, segundo Galvão, “pode-se dizer que a singularidade do Neoconstitucionalismo reside na especial ênfase dada à possibilidade de modificar a sociedade por meio do Poder Judiciário” (2011, p. 35).

Tal ímpeto se relaciona e explica claramente o apreço da doutrina neoconstitucional pelas já mencionadas normas constitucionais de caráter substantivo do pós-guerra, uma vez que, diferentemente das normas jurídicas comuns, as normas constitucionais detêm uma plasticidade e maleabilidade que lhes tornam o instrumento ideal para que, mediante a

³ GALVÃO, 2012, p. 35.

interpretação e adequação destas, os juízes possam promover impactos desejados na dinâmica social.

Luís Roberto Barroso, em sua obra, confia a inspiração de atribuir à prática constitucional tal poder transformador à época da presidência do *Chief Justice* Earl Warren na Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual ficou marcada como um período de profundo ativismo judicial, no qual foram julgados muitos casos icônicos. Dentre as diversas transformações promovidas pela corte nesse período, estão o término da segregação racial nas escolas públicas⁴, a determinação de que todo suspeito deve ser informado de seus direitos⁵ e o desmantelamento da influência política de determinadas oligarquias através da redefinição dos respectivos distritos eleitorais⁶. Nas palavras de Barroso:

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia intensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma idéia (sic) tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista não é capaz de fazer.⁷

A essência do Neoconstitucionalismo, portanto, está intimamente ligada com uma tentativa de reproduzir o celebrado tempo de ativismo judicial da Suprema Corte americana no tempo da presidência de Warren. Dito isto, cumpre questionar: por que a atividade jurisprudencial levada a cabo na época da Corte Warren continua a inspirar, até hoje, uma doutrina como a do Neoconstitucionalismo? De que forma o papel exercido pelos juízes da Suprema Corte possibilita a função do julgador no paradigma neoconstitucional? E qual é o diferencial da jurisdição constitucional da era Warren que diverge do controle de constitucionalidade clássico?

Para responder a tais perguntas, cumpre retomar, brevemente, os primórdios desse pensamento, remetendo ao principal precedente do caso *Brown v. Board of Education* – o qual marca o ponto de virada na forma como se pensa o controle de constitucionalidade, como se verá no tópico a seguir.

⁴ *Brown v. Board of Education of the City of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁶ *Baker v Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

⁷ BARROSO, 2009, p. 324-325.

1.2 ORIGENS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Percebe-se que a história do Neoconstitucionalismo possui ligação direta não apenas com o advento de novas constituições de caráter a partir do pós-guerra, mas também com a evolução do controle de constitucionalidade, em particular do *judicial review* americano, e o ímpeto de transformação social que hoje caracteriza essa atuação do judiciário.

Em verdade, afirma Barroso (2008, p 309), o modelo de constitucionalismo praticado por todas as democracias contemporâneas teria, em menor ou maior grau, descendência do padrão estabelecido pelos americanos ao longo de sua história, cujas características seriam “(i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais”, dentre as quais haveria uma progressão lógica.

Galvão (2012, p. 38) ressalta, contudo, que na atualidade parece ocorrer uma inversão lógica na ordem desta enumeração. Isso porque o fundamento mais frequentemente apontado como justificador do exercício do controle de constitucionalidade nos dias de hoje, inclusive pelos neoconstitucionalistas, é a defesa de direitos fundamentais; esta, por sua vez, pressupõe a supremacia da constituição, que estabelece os referidos direitos, bem como do Judiciário, que confere efetividade aos mesmos. Assim, “a adoção de uma concepção substantiva de Constituição, portanto, é o que atualmente parece justificar os demais desdobramentos da teoria constitucional”.

Ao realizar uma análise histórica da doutrina do *judicial review* americano, contudo, percebe-se que a razão de ser do controle de constitucionalidade nada tinha em comum com a defesa dos direitos básicos do cidadão. Muito pelo contrário, na realidade: coincidente com a noção de norma procedimental que se tinha da Constituição à época, a jurisdição constitucional possuía a função exclusiva de zelar pela superioridade formal da norma máxima.

O *judicial review* teve a sua origem nos Estados Unidos a partir da construção jurisprudencial realizada no caso *Marbury v. Madison*⁸, julgado em 1803. Neste, o requerente William Marbury ajuizou a ação conhecida como *writ of mandamus* contra o Secretário de Governo James Madison. O motivo da ação era simples: Marbury, designado pelo Presidente John Adams, ao final de seu mandato, como Juiz de Paz do Distrito de Columbia, foi

⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

impedido de tomar posse pelo Secretário de Governo Madison, indicado pelo sucessor ao cargo presidencial, Thomas Jefferson. Com fundamento na competência para julgamento de ações contra autoridades federais prevista no § 13º do *Judiciary Act* de 1789, a ação foi a julgamento perante a Suprema Corte, na época presidida por John Marshall.

O julgamento, todavia, não tomou o rumo esperado: a despeito de reconhecer o direito líquido e certo de Marbury, John Marshall decide que a referida competência atribuída à corte é incompatível com o texto constitucional – e, por esse motivo, declina da competência da corte, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Dessa forma, absolutamente ao contrário do que o contexto atual nos levaria a pensar, o controle de constitucionalidade surge pela primeira vez na história não defendendo, mas sim negando a um cidadão o seu direito individual.

E com este significado negativo permaneceu a jurisdição constitucional por mais de cem anos: vários dos casos levados à interpretação da Suprema Corte resultaram em resultados menos do que satisfatórios ou, muitas vezes, até mesmo catastróficos. Nessa época, reconheceu-se a legalidade da segregação racial em estabelecimentos públicos⁹, extinguiu-se mais de duzentas normas que conferiam proteção aos trabalhadores e negou-se a competência da União para proibir a escravidão nos Estados que a mantivessem; esta última decisão, em particular, referente ao caso *Dread Scott v. Sandford*¹⁰, é inclusive vista como uma das causas que deu início à Guerra de Secessão americana.

Esse cenário de pessimismo quanto às possibilidades da jurisdição constitucional só viria a ser realmente modificado em 1954, quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*¹¹. Neste lendário caso, a Suprema Corte, então já liderada pelo *Chief Justice* Earl Warren, revisa a doutrina discriminatória de “separados, mas iguais” estabelecida em 1896 pelo mesmo tribunal, resultando na declaração de inconstitucionalidade das políticas de segregação entre brancos e negros no ensino público nos Estados do Kansas, Carolina do Norte, Virgínia e Delaware. A decisão, sem dúvida alguma, consolidou-se não apenas como uma enorme vitória na luta pela igualdade, mas também como um gigantesco passo rumo ao avanço civilizatório na sociedade americana; não é por outra razão, assim, que o caso serve até hoje de inspiração para aqueles que vislumbram o direito como fator transformador da sociedade.

⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

¹⁰ *Dread Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)

¹¹ *Brown v. Board of Education of the City of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

Em verdade, como aponta Galvão (2012, p. 42-44) a reviravolta institucional que resultou da decisão no caso *Brown* destaca-se no constitucionalismo americano em razão de três elementos, em particular, que a diferenciam de qualquer outro momento histórico. O primeiro elemento é que não havia, à época do julgamento, apoio popular amplo ou engajamento político da maioria da população sobre o tema. Ainda que o movimento de luta por iguais direitos já existisse há décadas no contexto americano, seu apelo não era absoluto ou sequer majoritário entre a população, em particular a dos estados afetados.

O segundo elemento consiste no fato de que, até então, apenas o Poder Executivo, com o apoio de um processo político-partidário, havia assumido o papel de vetor de transformações sociais paradigmáticas como esta. A decisão do caso *Brown* seria a primeira vez que o Judiciário, um ente supostamente neutro e isento, tomaria para si essa controversa função política – o que, sem dúvida alguma, gerou controvérsia quanto à sua atuação nesse sentido.

E o terceiro, por fim, diz respeito à própria forma como a decisão da Suprema Corte foi construída: caminhando no sentido contrário ao tradicionalmente estabelecido na jurisprudência americana, a Corte não se limitou a se manter fiel à literalidade das normas constitucionais e à intenção do legislador constituinte. Ao invés disso, os julgadores decidiram interpretar a décima quarta emenda, a qual referia-se, em sentido estrito, apenas à abolição da escravidão, como um princípio abstrato de igualdade, o qual serve de fundamento para a decisão que busca tornar negros e brancos em iguais não apenas do ponto de vista forma, mas sim material.

Tais elementos particulares do caso *Brown* são, sem dúvida alguma, os motivos pelos quais a decisão do caso serve de tamanha inspiração para a doutrina neoconstitucional, a qual, tendo aprendido as lições da decisão da Suprema Corte, busca replicá-las para alcançar o ideal de um Poder Judiciário que guia a sociedade rumo ao avanço. Nas palavras de Galvão (2012, p. 44):

O Neoconstitucionalismo, como não poderia deixar de ser, absorve e reverbera a maior parte dos elementos característicos da decisão em *Brown*. Para essa corrente de pensamento, o Poder Judiciário apresenta-se como importante veículo de transformação da sociedade, principalmente em questões que, mercê de sua importância, não são abordadas pelo processo majoritário por falta de mobilização política apta a ensejar um amplo debate nacional a respeito do tema. Essa capacidade de interferir na realidade social se dá por meio de uma interpretação progressista de princípios constitucionais – que possuem alta carga de abstração –

conferindo à jurisdição constitucional a função profética de indicar o caminho mais correto a ser adotado pela sociedade.

Assim, fica claro que, após o advento do caso *Brown*, o *judicial review* assume um novo papel: o de instrumento ideal pelo qual o Poder Judiciário pode interferir e modificar a realidade social. Dada essa atribuição de novo significado, contudo, surge uma pergunta: o que justifica o exercício desse poder transformador pelos tribunais através da interpretação constitucional? Se anteriormente a razão de ser do controle de constitucionalidade era a manutenção dos compromissos constitucionais assumidos em sua literalidade, o novo sentido atribuído à jurisdição constitucional invalida esse fundamento. O que, então, passa a legitimar a prática do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário a partir do caso *Brown*?

Dentre os argumentos mais comumente elencados como resposta a essa questão, quatro merecem especial destaque: (i) o argumento da vontade popular; (ii) o argumento de que os juízes possuíam conhecimento técnico especial; (iii) o argumento de que o controle de constitucionalidade objetiva o bom funcionamento da democracia; e (iv) o argumento da proteção com os direitos fundamentais.¹²

O primeiro argumento, o da vontade popular, parte na crença de que as normas jurídicas não são capazes de refletir adequadamente os valores sociais, seja pela existência de vícios na sua confecção ou por culpa da sempre contínua evolução da sociedade em si. Por esse motivo, caberia aos juízes o papel de tentar traduzir para o mundo jurídico os anseios populares, servindo de “ponte” entre o Direito e o cidadão. Neste contexto, o juiz é pintado como uma espécie de herói, sendo o único capaz de resgatar os desejos do cidadão impotente perante a conjuntura política impositiva dos agentes públicos e do Estado.

Ao se analisar mais a fundo tal perspectiva, contudo, logo se encontra uma série de dificuldades: primeiramente, em uma sociedade plural e diversa como a que hoje existe, é praticamente impossível determinar quais valores são compartilhados pela totalidade da população em cada momento, e esperar que o juiz sozinho realize com precisão essa tarefa monumental é uma expectativa absolutamente fantasiosa. Outro problema reside no fato de que, apesar de as normas jurídicas, de forma generalizada, decorrem de um processo político de legislação, espera-se do Poder Judiciário uma atuação técnica, imparcial e, por consequência, justa – perfil que não condiz com a tarefa de refletir as vontades populares, as quais são intrinsecamente parciais e dotadas de interesses.

¹² GALVÃO, 2012, p. 49.

O maior problema do argumento da vontade popular, contudo, reside no fato de que atrelar a jurisdição constitucional aos valores dominantes da sociedade é, na prática, negar a dimensão transformadora que tornou esse instrumento tão celebrado em primeiro lugar. Conforme destacado, o caso *Brown v. Board of Education of the City of Topeka* representou um rompimento com o paradigma até então vigente justamente pela inovação que proporcionou, confrontando os valores racistas que dominavam a sociedade americana à época e impondo a modificação dos mesmos. Quando se vincula a atuação jurisdicional ao atendimento da vontade popular, desaparece a possibilidade de haver decisões polêmicas, mas emancipatórias como a do caso *Brown*.

O segundo argumento para explicar a nova forma intervencionista da jurisdição constitucional diz respeito ao suposto conhecimento técnico especial, melhor definido como competência funcional, dos juízes de direito. Este argumento baseia-se na noção de que a atividade estatal, para ser desempenhada da melhor forma possível, deve ser dividida em várias esferas de atuação, e que a cada um dos órgãos dessa divisão devem ser atribuídas as funções que estes melhor possam desempenhar. Trata-se de uma superação da clássica separação de poderes de Montesquieu, que limita-se a uma separação negativa de competências, através do acréscimo de uma separação positiva das mesmas, buscando a máxima eficiência de cada órgão ao atribuir-lhes as atividades que desempenhariam melhor que qualquer outro. (GALVÃO, 2012, p. 52-53)

Nota-se, porém, tal qual o primeiro argumento, e talvez ainda mais do que aquele, que o argumento da competência funcional encontra um fortíssimo obstáculo na prática: inexistente, na maioria das constituições contemporâneas e especialmente no caso brasileiro, qualquer tipo de parâmetro apto a distinguir com clareza quais questões devem ser deixadas para apreciação por juízes ao invés de serem submetidas a um processo político. Independentemente se a concessão de autoridade sobre tais questões decorre da competência comprovada do juiz, que ascende ao cargo mediante concurso público de provas e títulos, ou da pressuposta imparcialidade do magistrado, não parece razoável que essa autoridade seja concedida sem uma forma empírica de estabelecer quais matérias pertencem ao processo político e quais pertencem à apreciação exclusiva das cortes. Nas palavras de Galvão, “uma conclusão, contudo, parece ser intuitiva: nem todos os problemas da nação devem ser decididos por juízes.” (*op cit*, p. 56)

O terceiro argumento, denominado *argumento procedimental*, defende que a atividade jurisdicional será legítima sempre que for praticada em benefício do processo

político democrático. Essa concepção, inspirada pelo procedimentalismo de John Hart Ely (1980, p. 102-103), revela desconfiança quanto às distorções que podem ser causadas ao processo democrático pelos políticos e parlamentares adeptos de uma corrente majoritária, caso lhes seja permitido atuar sem qualquer medida de supervisão e controle externo. Dessa forma, caberia ao Judiciário efetuar esse papel de controlador, devendo utilizar-se da jurisdição constitucional para declarar inconstitucionais leis ou medidas que impeçam ou dificultem a comunicação de grupos e pontos de vista minoritários no processo político.

Curiosamente, ao contrário dos argumentos anteriormente citados, esta justificativa procedimental não incentiva a atuação política das cortes, e sim busca limitá-la às situações específicas em que se provem uma benesse. Todavia, também esse argumento enfrenta contradições: nesse caso, o problema reside em como definir o que é realmente benéfico para o processo democrático. Especialmente em tempos conturbados como são os da modernidade, as definições do que pode ser bom ou ruim para a democracia pode variar imensamente dependendo a quem se pergunta, e todo tipo de temática pode ser alvo de polêmica e discussão. Exemplo evidente surge no tema da liberdade de expressão, por exemplo: este direito deveria ser absoluto, dando espaço a manifestações como o discurso de ódio, ou parcialmente contido, para evitar esse tipo de discurso negativo para a sociedade? Devido a esse tipo de problemática, a justificativa do ponto de vista procedimentalista acaba sendo, muitas vezes, insuficiente, ainda que seja talvez o argumento mais virtuoso no que diz respeito a limitar a atuação dos juízes e reforçar o processo político democrático como um todo.

Por fim, a última argumentação concernente ao fenômeno do controle de constitucionalidade evoca a própria proteção dos direitos fundamentais. No contexto da ascensão de governos democráticos, cada qual com suas constituições repletas de normas substantivas, ficou evidente que as atividades do Estado não mais poderiam se ver livre de um mecanismo de controle, sob a pena de permitir que voltassem a ocorrer as atrocidades cometidas no período de guerra. E se o poder de fiscalizar o respeito dos atos governamentais aos direitos básicos dos cidadãos deve caber a algum órgão, o Poder Judiciário, que por primazia lida com direitos, revela-se o detentor lógico e adequado dessa função.

Esse exercício, porém, também não se mostra isento de dificuldades e vícios, sendo um deles um problema próximo ao encarado pelo argumento de competência funcional: nem sempre os temas levados à jurisdição das cortes supremas envolvem a violação de um direito fundamental, resultando em decisões tão distanciadas do intuito de proteção desses direitos

que é possível questionar se tal matéria deveria ser apreciada por uma instituição daquela porte.

O maior problema inerente a essa justificativa para a atuação das cortes constitucionais, todavia, reside na distinta possibilidade de a interpretação das cláusulas constitucionais, nos seus patamares mais abstratos de argumentação, tornar-se praticamente uma forma de atividade legislativa – o que é inaceitável, tendo em vista a absoluta falta de legitimidade dos tribunais para o ato de legislar.

Apesar das fraquezas demonstradas acima, é praticamente um consenso hoje que este argumento de proteção de direitos fundamentais é a principal justificativa para a jurisdição constitucional moderna. Renomados constitucionalistas reconhecem a efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente como a finalidade da interpretação constitucional; em sua obra, Walber de Moura Agra afirma, por exemplo, que “os direitos fundamentais são o principal elemento para a legitimação da atuação da jurisdição constitucional, tornando-a apta para enfrentar as demandas da sociedade.” (2008, p. 490)

E é, sem dúvida alguma, nesse contexto de justificativa do controle de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos fundamentais que floresce o Neoconstitucionalismo. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Dentre estas posições, não há dúvida de que a mais identificada ao neoconstitucionalismo é a substancialista, que com partilha com ele a crença numa ampla legitimidade do ativismo judicial em favor dos valores constitucionais.¹³

De acordo com Galvão (2012, p. 62-63), contudo, a peculiaridade da doutrina neoconstitucionalista decorre da definição ampla dada aos direitos fundamentais e aos princípios, de forma que se torna necessária a ponderação entre diversos direitos concorrentes. Para melhor entender a forma como o Neoconstitucionalismo propõe a solução de tais conflitos, portanto, importa melhor compreender algumas das principais teses dos defensores desta doutrina.

1.3 AS TESES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Até o momento, ficou claro que o Neoconstitucionalismo faz parte de um contexto de evolução da jurisdição constitucional, a qual não mais se limita à manutenção dos

¹³ SARMENTO, 2009, p. 128

compromissos constitucionais estabelecidos, e sim busca empenhar um papel progressista de crítico e guia moral da sociedade – atuação justificada pelo intuito de proteção dos direitos fundamentais. E assim, em consonância com esse contexto em que floresce, a doutrina neoconstitucionalista “se apresenta como uma teoria jurídica focada em uma visão progressista dos juízes, justificada pela adoção de uma concepção axiológica de Constituição que exige o manejo de técnicas interpretativas especiais” (GALVÃO, 2012, p. 64).

Dito isso, é claro que a adoção de uma perspectiva neoconstitucionalista gera consequências na forma da jurisdição constitucional. Como consequência do efeito irradiador e abrangente das normas constitucionais, surge um cenário no qual praticamente todo caso jurídico possa, potencialmente, se tornar um objeto de controle de constitucionalidade – bastando que possua conexão, por mais distante que seja, com a discussão de um direito fundamental. Esse fenômeno, ao qual Luis Roberto Barroso se refere como constitucionalização do direito (2007, p. 217-218), resulta na atribuição de um potencial transformador extremo a todo e qualquer caso julgado pela corte constitucional, permitindo que até mesmo o caso mais insignificante alcance dimensões comparadas a um caso emblemático como *Brown v. Board of Education*.

Por isso, para melhor compreender os impactos que a adoção do Neoconstitucionalismo pode gerar na prática tribunais ao interpretar Constituição, importa explorar brevemente algumas das teses dessa doutrina, conforme elaboradas por alguns de seus autores de maior destaque.

A primeira obra merecedora de destaque é a de Eduardo Ribeiro Moreira, denominada “Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição” e publicada em 2008. Nesta, o autor afirma que o Neoconstitucionalismo se distingue das demais teorias constitucionais por quatro elementos específicos: (i) a sobreinterpretação da Constituição, dotada do prefixo “sobre” para denotar um sentido mais abrangente do que a interpretação jurídica realizada numa decisão judicial comum, que, para o autor, é uma interpretação constitucional da mesma forma (2008, p. 82); (ii) a ponderação de direitos fundamentais, que, possuidores de caráter principiológico, podem dar causa ao controle de constitucionalidade, ainda que não se perceba inconstitucionalidade na norma avaliada; (iii) a eficácia direta destes direitos nas relações privadas, consequência do papel irradiador da norma fundamental; e (iv) a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, as quais, por serem concretização dos compromissos assumidos constitucionalmente, possuem também natureza de princípio – de forma que podem e devem ser objeto de ponderação, juntamente aos direitos fundamentais.

Em síntese, como se vê, através da elaboração desses quatro elementos, a tese neoconstitucional de Moreira defende que a norma fundamental deve invadir todas as causas jurídicas, de forma que, em cada caso, deva ser ponderado o mérito a aplicação das leis, de forma que seja possível a anulação de uma lei com base apenas no juízo de seu mérito, sem necessidade da comprovação de existência de um vício de constitucionalidade. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma extrema valorização do papel do Judiciário, sendo permitida até mesmo a extrapolação de suas competências tradicionais para, através da proporcionalidade, julgar o próprio mérito legislativo. Nas palavras do autor:

A proporcionalidade é parâmetro para o juiz adentrar em um mérito da razão da lei, para resolver o confronto entre princípios. O juiz, na verdade, pela proporcionalidade, decide aquilo que o legislador não ponderou, não criou regra que considerasse os interesses postos em jogo¹⁴.

Entendimento semelhante é demonstrado por Luís Roberto Barroso em seu artigo “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)”, publicado em 2007. Após reconstruir as origens da doutrina neoconstitucional através dos três marcos já explanados, o autor afirma que, em face das novas constituições de caráter substantivo, tanto as normas quanto os juízes tiveram de adquirir um novo formato, distinto daquele dado pela teoria constitucional clássica, para estar à altura dos desafios impostos pela norma fundamental. Às normas, não caberia mais o papel de fonte abstrata e absoluta das soluções para os problemas do direito; estas, agora, só poderiam ser obtidas mediante um processo de interpretação à luz do caso concreto. Já aos juízes, não mais lhes bastaria a função de conhecer a solução jurídica correta; a partir desse momento, este deve integrar o processo de criação do direito através do uso da interpretação, efetivamente “completando o trabalho do legislador” (BARROSO, 2007, p. 213-214).

Dessa resignificação de papéis, segundo o autor, resulta o fenômeno chamado de *constitucionalização do Direito*, que nada mais é do que “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2007, p. 217). Em síntese, a ideia é de que a Constituição deixa de ser um sistema parcialmente isolado para se tornar uma espécie de filtro, através do qual devem passar todas as áreas do direito infraconstitucional, a fim de garantir que nestas se concretizem os valores previstos na norma fundamental. Essa *filtragem constitucional*, por

¹⁴ MOREIRA, 2008, p. 106

sua vez, faz com que os valores da norma máxima sejam sempre ponderados em toda e qualquer interpretação jurídica, efetivamente transformando-a em uma interpretação constitucional. Esse fenômeno é abertamente defendido por Barroso, que afirma:

Em suma, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema¹⁵.

Porém, se tanto Barroso quanto Moreira compartilham uma visão absolutamente otimista quanto à expansão da força da Constituição e a ascensão do Neoconstitucionalismo, o mesmo não pode ser dito de Daniel Sarmiento, cuja opinião, explicitada nas obras “Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda”, de 2007, e “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, de 2009, revela grande preocupação com os riscos acarretados por esses fenômenos.

Primordialmente, em sua obra, Sarmiento identifica que, após a promulgação da Constituição de 1988, surgiu no direito brasileiro uma nova concepção de direito, marcada pela ênfase na importância dos princípios constitucionais e de sua aplicação (SARMENTO, 2009, p. 127-128). Se espalhando rapidamente, essa nova visão deu causa a profundas transformações nos mais variados campos do direito, que passaram a interpretar suas construções teóricas sobre a ótica dos princípios constitucionais – no processo que o autor também reconhece como *filtragem constitucional* (SARMENTO, 2007, p. 134-135) –, dando causa a um processo generalizado de constitucionalização do direito (SARMENTO, 2009, p. 114-115).

Para o autor, nesse cenário marcado pela presença ubíqua da Constituição em todos os campos do direito, bem como pelo subsequente crescimento da importância política do Judiciário, surge o Neoconstitucionalismo como uma teoria apta a explicar e dar suporte a essa nova realidade (*op cit*, p. 115-116). Essa doutrina aglutina ensinamentos de todos os fenômenos de transformação jurídica que levaram à sua gênese, os quais o autor categoriza da seguinte forma:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao

¹⁵ BARROSO, 2007, p. 228

formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário¹⁶.

Ademais, o autor reconhece também o caráter emancipatório das decisões na teoria neoconstitucionalista, bem como o protagonismo dos juízes como “guardiões das promessas civilizatórias dos textos constitucionais” (SARMENTO, 2009, p. 117). Assim, diante destes aspectos positivos da doutrina, o jurista reconhece o valor e se declara adepto às ideias do Neoconstitucionalismo; mas essa sua concordância com os aspectos fundamentais não lhe impede de enxergar os possíveis impactos negativos que possam advir do mesmo.

De prontidão, Sarmento alerta que a Constituição não pode ser tomada como a resposta absoluta para todas as questões de direito. Caso assim seja tratada, essa *panconstitucionalização* pode gerar graves impactos negativos à democracia, uma vez que “a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas” (SARMENTO, 2007, p. 140-141) – os quais devem, sem dúvida alguma, ser preservados pelo intérprete em nome do bem-estar democrático.

Além disso, o autor demonstra conhecimento de que a filtragem constitucional mal empregada, praticada sem a observância de uma metodologia e limites bem definidos, pode desandar para as práticas do decisionismo e da demagogia judicial. A fim de prevenir que essa perversão do papel da filtragem, defende Sarmento que sejam estabelecidas balizas à atuação do judiciário, quais sejam:

(a) Emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções de seus prolores; (b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com abertura de seu procedimento à participação efetiva de novos atores sociais, através de medidas como o fortalecimento do papel dos *amici curiae* e a realização mais frequente de audiências públicas; e (c) à adoção,

¹⁶ SARMENTO, 2009, p. 113

pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral¹⁷.

Por fim, no tocante ao ato da interpretação constitucional em si, o autor ressalta dois pontos que, segundo ele, se forem devidamente observados, podem minimizar a ocorrência de vícios causados pela aplicação do Neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2007, p. 145-149).

O primeiro consiste na necessidade de valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, de forma apta a demonstrar que a decisão decorre de um processo racional de argumentação, sendo considerado vencedor o argumento que melhor se adequa à ordem jurídica e às peculiaridades do caso, e não simplesmente aquele que reflita uma opinião individual do intérprete.

Já o segundo ponto, por sua vez, refere-se ao respeito e à valorização das regras jurídicas. Por definirem com maior precisão o seu campo de incidência e as consequências jurídicas da mesma, as regras desempenham no ordenamento um papel indispensável e insubstituível, uma vez que os princípios, com seu maior grau de abstração e incidência indefinida, não são capazes de cumprir tal função. Caso se considerasse um ordenamento formado exclusivamente de princípios, este certamente seria tomado por um decisionismo ilimitado.

Apesar dos riscos observados, conclui Sarmento que “é importante frisar que a filtragem constitucional não conduz, necessariamente, à anarquia metodológica e à ‘carnavalização’ da Constituição”, e que, observados os alertas e balizas estabelecidos por ele à interpretação constitucional, é “perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e os institutos do ordenamento infraconstitucional” (*op cit*, p. 147-148).

O posicionamento de Sarmento é compartilhado em grande parte por Jorge Galvão, em particular no tocante aos problemas apontados pelo autor. A discordância surge, contudo, no tocante à viabilidade da autocontenção do Neoconstitucionalismo defendida por Sarmento. Nesse sentido, Galvão afirma:

A dificuldade reside nos incentivos criados pelas teses por ele [Sarmento] defendidas, que conferem ampla liberdade interpretativa aos juízes. Sempre haverá bons e maus magistrados. O problema que se põe refere-se exatamente aos instrumentos postos à disposição do intérprete. Por mais que Sarmento seja crítico

¹⁷ SARMENTO, 2009, p. 138-139

do *oba-oba constitucional*, o arsenal teórico-progressista por ele produzido de uma forma ou de outra estimula os efeitos negativos por ele combatidos.¹⁸

Em sua tese “O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito”, Jorge Galvão defende que o Neoconstitucionalismo, com seu foco na promoção de grandes mudanças sociais através da interpretação constitucional, é conflituoso com o próprio ideal do Estado de Direito, o qual, fundado na dignidade da pessoa humana, “apresenta-se como a necessidade de respeito pelos compromissos institucionais pela sociedade, representando a própria dimensão da adequação da interpretação jurídica” (GALVÃO, 2012, p. 174).

Para ele, o corriqueiro questionamento incitado pela doutrina neoconstitucional sobre quais normas devam ser observadas gera uma inerente desconfiança quanto à qualidade das normas jurídicas postas, desqualificando seu valor como razões de segunda ordem (sobrepostas às razões individuais do agente, que seriam as de primeira ordem) e, assim, lesando a própria essência do Estado de Direito. (*op cit*, p. 176)

Ademais, a forma de utilização da interpretação constitucional pelos neoconstitucionalistas, com ênfase no potencial emancipatório do Direito, viola a sistematicidade do Estado de Direito, permitindo que os juízes não mais tenham sua argumentação restrita à necessidade de fundamentar, com princípios e as cláusulas constitucionais pertinentes, as razões pelas quais uma legislação deve ou não ter seus valores preservados no contexto democrático. Ao invés disso, através da ponderação de princípios e a aplicação da proporcionalidade, permite-se que o intérprete manipule os valores constitucionais como bem entender, culminando em uma interpretação judicial não mais fundadas em razões jurídicas, decorrentes dos compromissos assumidos pelo Estado de Direito, mas sim nas razões do próprio julgador, quaisquer que elas sejam (*op cit*, p. 189-190).

Por esses e outros motivos, conclui o autor que as teses neoconstitucionalistas representam, na realidade, um custo social altíssimo que segue ignorado por seus adeptos e que coloca em grave risco os próprios fundamentos do Estado de Direito. Nesse sentido, afirma: “ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do *fim*” (*op cit*, p. 202).

É com esta visão que se alinha o presente estudo, especialmente no que toca aos efeitos negativos que a atitude dos julgadores de abandonar as razões jurídicas em favor das próprias razões pessoais tem gerado sobre o tema da prisão após julgamento em segunda

¹⁸ GALVÃO, 2012, p. 78

instância e, por consequência, o direito à presunção de não culpabilidade. Para que se possa compreender adequadamente as consequências que a aplicação do Neoconstitucionalismo tem gerado no presente, contudo, cumpre examinar a forma como se compreendeu este direito no ordenamento brasileiro no passado – tarefa à qual dedicar-se-á o próximo capítulo.

2. A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: PROGRESSÃO HISTÓRICA DO TEMA

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”¹⁹; é assim que o princípio da não culpabilidade é estabelecido na Constituição Federal. A redação do dispositivo constitucional não poderia ser mais clara: todo e qualquer indivíduo deve, até que se prove em absoluto o contrário, ser considerado inocente perante a lei.

Pelo visto, porém, parece que mesmo um direito firmado de forma tão evidente e absoluta não está isento de figurar no cerne das controvérsias judiciais, bem como não está livre de ver sua extensão mitigada pelas inovações da doutrina e da jurisprudência. E é exatamente com este intuito que, na última década, têm-se discutido, no Supremo Tribunal Federal, as possibilidades de relativização deste direito constitucional – em particular, o abandono da presunção de não culpabilidade, após a condenação de réu por sentença de segundo grau, para dar início imediato à execução da pena.

Se este trabalho, até este ponto, se concentrou na compreensão do Neoconstitucionalismo e de suas teses, cumpre agora realizar esforço semelhante para compreender o princípio constitucional da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o processo de questionamento do mesmo que se deu ao longo da última década e que persiste até hoje.

2.1 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já dito, a Constituição Federal consagra explicitamente, em seu art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência, que determina que ninguém será considerado culpado e, portanto, não sofrerá as consequências previstas em lei para o delito que lhe for atribuído até o trânsito em julgado de sentença condenatória. No contexto dos diversos direitos fundamentais estabelecidos pela norma fundamental, essa garantia individual consiste, sem dúvida alguma, em provavelmente o mais importante elemento limitador do poder persecutório do Estado, sendo essencial para o estabelecimento de um sistema penal justo e equilibrado.

¹⁹ BRASIL. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

A presença deste direito no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, precede, e muito, a Constituição de 1988 – e, juntamente com ele, a discussão a respeito de sua forma e abrangência, a qual, a despeito de a previsão do texto constitucional ser das mais evidentes e literais possíveis, suscita as mais variadas questões.

Preliminarmente, há de se falar na controvérsia referente à própria terminologia utilizada para a descrição deste princípio: qual é a denominação correta, “princípio da presunção de não culpabilidade” ou “princípio da presunção de inocência”? À primeira vista, a diferença entre os nomes parece ser mínima, se não inexistente; diversos doutrinadores do direito penal, contudo, acreditam que o emprego da nomenclatura adequada é fundamental, sob pena de descrever incorretamente o conteúdo do princípio como um todo.

Nesta temática, a principal controvérsia parece ser entre a adoção dos termos “inocência” ou “não culpabilidade”. Para os defensores da clássica terminologia da presunção de inocência, faz sentido dizer que o indivíduo que não teve ainda a sua culpa comprovada, o que só se pode fazer mediante o processo judicial adequado, é presumido inocente (CARVALHO, 2006, p. 156). Já para aqueles que defendem o uso da expressão “não-culpabilidade”, é inadequado se falar apenas em presunção de inocência, uma vez que o conteúdo da dita presunção depende da conclusão a que chega o magistrado. Nesse sentido, afirma Paulo Rangel:

Dessa forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Nesse momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.²⁰

Há, ainda, aqueles que discordem do uso do termo “presunção”, preferindo falar em um estado ou condição de inocência. Nesse sentido, Eugênio Pacelli afirma:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).²¹

²⁰ RANGEL, 2015, p. 25

²¹ PACELLI, 2017, p. 234

Dito isto, apesar de certamente possuírem seu lugar no estudo mais aprofundado do tema, controvérsias de natureza formal como as diferenças de nomenclatura são de pequena relevância para a natureza deste estudo. Mais interessantes são as consequências do princípio da presunção de inocência no ordenamento e, principalmente, as discussões judiciais que destas se originam.

A primeira vez em que o tema da presunção de inocência veio ao crivo do Supremo Tribunal Federal foi mais de dez anos antes do advento da Constituição de 1988, quando, em 1976, a corte reformou decisão do Tribunal Superior Eleitoral que declarou a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade de candidatos que respondessem a acusações penais (MENDES, 2018, p. 831-833). À época, o princípio não possuía previsão expressa no texto constitucional; por esse motivo, o julgamento se deu à luz do art. 153, § 36, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, à Constituição de 1967, o qual prevê que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”²².

Foi em razão desta previsão remissiva que o TSE entendeu que o princípio faria parte do ordenamento jurídico brasileiro, incorporado a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o prevê como postulado universal de direito. Dessa forma, aplicando o princípio em sua literalidade, o tribunal entendeu que não poderia haver a restrição de direitos do cidadão, exceto se fundada em condenação transitada em julgado, e conseqüentemente declarou inconstitucional a referida lei

Quando o caso veio a julgamento no Supremo Tribunal Federal, todavia, este discordou do entendimento firmado, reformando a decisão do TSE para manter a constitucionalidade da lei. Em voto que sumariza bem o entendimento adotado pela maioria, o Ministro Moreira Alves afirma que a presunção de inocência, tomada em sua literalidade, resulta em ideia paradoxal e irracional; e que, por esse motivo, não configura um dos princípios universais a que se refere o art. 153, § 36.²³

Foi dessa forma, com o reconhecimento de que tal garantia não encontrava abrigo no direito brasileiro, que o primeiro debate nos tribunais acerca da presunção de não culpabilidade chegou ao seu fim. Este cenário, contudo, não perdurou: com o advento da Constituição de 1988, a garantia da presunção de não culpabilidade ganhou previsão expressa

²² BRASIL. Art. 153, §36 da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ*, 79, nº 2, p. 694

no texto constitucional, no já mencionado art. 5º, LVII, revertendo de forma cabal qualquer entendimento de sua não aplicação no Direito brasileiro.

A inserção desse princípio no ordenamento jurídico gerou uma miríade de desdobramentos por todo o direito penal, sendo suas duas evidentes consequências (i) a referente ao tratamento, que define que o réu não pode sofrer, em qualquer momento da persecução penal, restrição de direito fundada meramente na *possibilidade* de condenação; e (ii) a de fundo probatório, que dita que o ônus da prova sobre o fato e a autoria do mesmo recai sobre a acusação, jamais sobre o réu (PACELLI, 2017, p. 39).

Essa nova era trouxe, ainda, juntamente com os efeitos já citados, uma série de novas e ricas discussões acerca dos mais distintos aspectos e consequências deste direito, as quais vêm sendo abordadas pelo Supremo Tribunal Federal à medida que são suscitadas, com variados estados de resolução.

No tocante à inclusão do nome do réu no rol de culpados e de reincidentes, por exemplo, o Supremo há muito já definiu que a presunção de inocência impede absolutamente a inclusão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Já em relação à imposição de prisão cautelar, frisa a jurisprudência que esta não deve jamais ser motivada por propósitos de antecipação de pena, e sim apenas por razões de garantia de êxito da persecução penal. (MENDES, 2018, p. 835)

O mais rico dos debates travados acerca da presunção de inocência, contudo, é também aquele sobre qual se foca este trabalho: a discussão a respeito da possibilidade de cumprimento da decisão penal condenatória de segunda instância, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou especial. E é a detalhar a progressão histórica desse debate que destinam-se os tópicos a seguir.

2.2 HC 84.078/2009: CONTROVÉRSIA ACERCA DA PRISÃO PRÉVIA AO TRÂNSITO EM JULGADO

A dúvida acerca da possibilidade de ter início a pena imediatamente após condenação por sentença de segundo grau surge em razão do conflito que existe entre o artigo 637 do Código de Processo Penal e o princípio da presunção de não culpabilidade. O art. 637 estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução

da sentença”²⁴. Sendo assim, de acordo com a literalidade da norma, seria permitido que o início da execução tivesse seguimento imediato à publicação da sentença de segunda instância. O mesmo se aplicaria ao recurso especial – o qual, regrado pelo Código de Processo Civil, também não possui efeito suspensivo.

O dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, contudo, estabelece expressamente como marco temporal final da pressuposição de inocência “o *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória”²⁵ – de forma que não parece haver espaço para qualquer exceção que justifique a inobservância dessa garantia antes do trânsito em julgado. O conflito normativo se expande, ainda, quando outras normas de natureza infraconstitucional, como o art. 283 do Código de Processo Penal, parecem ecoar o conteúdo do princípio constitucional, comprometendo a própria congruência interna do diploma legal. Assim, surge o questionamento: é a execução da pena após a sentença condenatória de segunda instância e antes do julgamento de recursos sem efeito suspensivo compatível com o princípio de presunção da não culpabilidade contido no texto constitucional?

De acordo com Gilmar Mendes, o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal não se alterou de imediato com a nova ordem constitucional, e por mais de uma década manteve-se o entendimento clássico de que a aplicação imediata da pena era, sim, compatível com os comandos da norma fundamental. Quando finalmente emergiu a provocação para que o Judiciário apreciasse a matéria, todavia, a interpretação sobre o tema sofreu duas grandes reviravoltas – a primeira das quais se deu pouco mais de dez anos atrás, no julgamento do *habeas corpus* 84.078, em 5 de fevereiro de 2009 (MENDES, 2018, p. 843-844).

No caso em questão, o réu e ora paciente, denunciado por tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe, foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão. Houve, contudo, apelação por parte da acusação, e, levado a novo júri, o réu foi condenado a 7 meses e seis anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. Compreensivelmente inconformado com o aumento da pena, bem como com a equivocada definição do regime inicial, o réu apresentou recursos extraordinário e especial, sendo o último conhecido pelo Presidente do Tribunal de Minas Gerais e dirigido ao STJ.

O Ministério Público, contudo, por vislumbrar uma tentativa de evasão dos efeitos da condenação na atitude do réu de colocar à venda bens de seu patrimônio, requereu a prisão preventiva do réu, a qual foi prontamente recebida e decretada, sendo ordenado o mandado de

²⁴ BRASIL. Art. 637 do Código de Processo Penal. Promulgado em de 3 de outubro de 1941

²⁵ BRASIL. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Original sem grifos.

prisão. Em razão disso, o paciente ajuizou, perante o STJ, *habeas corpus*, com a finalidade de anular a decisão que decretou sua prisão.

A despeito de ter obtido, a princípio, a concessão de medida cautelar, o Superior Tribunal de Justiça acabou negando o *habeas corpus* pleiteado. Assim, a ação chega finalmente até o Supremo Tribunal Federal, por meio de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, no qual se atribui constrangimento ilegal ao STJ em razão da denegação do pedido anterior.

Curiosamente, ressalta o relator Min. Eros Grau em seu relatório:

O impetrante alega que o móvel deste writ é a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar; não a possibilidade da execução da sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo, no caso o REsp, tal como reconhecido pelo Ministro Fontes de Alencar ao julgar a medida cautelar que antecedeu o *habeas corpus* impetrado naquela corte. Em outras palavras, o que se questiona é se há base empírica para manter a prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória, que deve ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da inocência presumida.²⁶

A defesa do paciente, portanto, em momento algum suscitava a tese de impossibilidade da execução da sentença de segunda instância que seria o foco das discussões subsequentes, sendo esta levantada originalmente pelos ministros do STJ ao julgar a demanda. Muito pelo contrário, a tese do impetrante simplesmente atacava a aptidão dos fundamentos do pedido de prisão. Requereu, ainda, o provimento de cautelar para sustar a prisão, a qual foi concedida.

Pois bem. Feito seu relatório, o Ministro Eros Grau abriu os julgados com célere voto em que prontamente reconhece a inexistência de fundamento para prisão preventiva, tal como arguido pelo impetrante, e logo parte para a discussão da tese subjacente e mais importante: a validade da execução de pena após condenação em segunda instância.

Em seu voto, o ministro primeiramente traça paralelos entre a previsão clássica do art. 637 do Código Penal, referente à ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários, e o conteúdo dos arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal, os quais condicionam a execução das penas privativa de liberdade e privativa de direito, respectivamente, ao *trânsito em julgado da sentença condenatória*²⁷. Aponta, ainda, para o

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, p. 1051

²⁷ BRASIL. Arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Promulgada em 11 de julho de 1984

artigo 164 da mesma lei, o qual define que a sentença condenatória *com trânsito em julgado* servirá de título executivo judicial²⁸. A partir dessa comparação, conclui o ministro que “os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP”.²⁹

Dito isso, e citadas jurisprudências consoantes, afirma o ministro, em trecho icônico que merece ser reproduzido integralmente:

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.³⁰

Em sequência, argumenta, ainda, que o modelo de execução estabelecido na reforma penal operada em 1984 visa a concreção do princípio de presunção da inocência, admitindo como única exceção à norma de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado a prisão de natureza cautelar – a qual, por sua vez, deve ser devidamente fundamentada com elementos que comprovem a sua razão. Além disso, diz que o direito à ampla defesa não pode ser vislumbrado de um modo restrito, devendo sempre englobar todas as fases processuais; caso contrário, deixaria de ser amplo.³¹

Assim, o Min. Eros Grau conclui seu voto afirmando a absoluta inadmissibilidade de restrição das garantias constitucionais à presunção de inocência e liberdade, concedendo o *habeas corpus* para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua sentença.

Logo em seguida, sobreveio o voto do Min. Menezes Direito, o qual, indo em sentido contrário ao do voto já proferido, inaugurou a divergência. Para o Min. Direito, a despeito dos

²⁸ Art. 164. *Ibidem*

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Grau no *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, p. 1055

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Grau no *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, p. 1057

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Grau no *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, pp. 1058-1063

numerosos questionamentos, não haveria motivo para modificar a jurisprudência da Corte de permitir a execução da pena após condenação em segundo grau.

Para ele, o princípio previsto no art. 5º, LVII, da Constituição não possui a extensão que ora lhe é atribuída, não configurando-se como uma vedação absoluta da privação de liberdade antes do julgamento de recursos sem efeito suspensivo. Isso porque o que estaria em exame nesses recursos seria apenas a tese jurídica, sem exame de fato; este se conclui nas instâncias ordinárias, e, segundo o ministro, justamente para não prolongar indefinidamente os processos.³²

Ademais, argumenta o ministro que, tal qual é comum que se diga que a prisão cautelar não se choca com o princípio do estado de inocência, a prisão para execução de pena antes do trânsito em julgado também não se choca com tal princípio, pois ambos os institutos teriam a mesma natureza. Assim, admitir o primeiro e não o segundo “é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão.”³³ Na mesma linha, cita, ainda, Dworkin e Alexy para explicar que os princípios, mesmo nos servindo de critérios para tomar posições concretas indeterminadas, não podem ser aplicados para tomar posições distintas diante de uma mesma posição.

Dessa forma, conclui o Min. Menezes Direito que negar à discussão nas cortes ordinárias a exclusividade de manter suspensa a execução seria transformar a Suprema Corte em outra instância comum – noção que ele não enxerga ter guarida no Direito brasileiro. Por esse motivo, decidiu por denegar a ordem e, assim, manter o entendimento de que a prisão para execução da pena anteriormente ao trânsito em julgado seria possível.

A despeito dos fortes argumentos enumerados pelo Min. Menezes Direito, a maioria aderiu à linha do Min. Eros Grau, restando vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, além do próprio Menezes. Superando o clássico paradigma, firmou-se, portanto, que a prisão só poderá se dar após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade.

2.3 HC 126.292/2015: RETOMADA DA PERMISSÃO DE EXECUÇÃO APÓS SEGUNDO GRAU

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Menezes Direito no *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, p. 1101

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Menezes Direito no *Habeas Corpus* nº 84.078, Rel. Min. Eros Grau, p. 1102

O julgado de 2009 representou a primeira mudança de paradigma sobre o tema do cumprimento da pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo, modificando por completo o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal e estabelecendo, assim, uma condição muito mais favorável e respeitosa aos direitos do réu. Por sete anos, esse entendimento permaneceu incontestado na jurisprudência do STF; esta época, contudo, chegou ao fim com o julgamento do HC 126.292, em 2015, marcando a segunda reviravolta sobre a matéria na corte constitucional.

O caso consiste de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Min. Francisco Falcão, presidente do STJ, que indeferiu o pedido de liminar em *habeas corpus* impetrado naquele juízo, o qual, por sua vez, se opunha contra a ordem de expedição de mandado de prisão dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar provimento à apelação do ora paciente, mantendo a condenação à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo majorado por violência com emprego de arma e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II do Código Penal).

Assim, no *writ* a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o impetrante alegou, primeiramente, não haver qualquer fundamento apto à decretação de prisão preventiva; e, em seguida, que a prisão não poderia ser efetuada para fins de cumprimento da pena, uma vez que a sentença condenatória ainda não havia transitado em julgado.³⁴

Levado a plenário, a votação resultou numa vitória de sete votos a um para denegar a ordem e reconhecer, no processo, a validade do cumprimento provisório de sentença na pendência de recursos sem efeito suspensivo, sendo vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Neste caso, merecem destaque, por terem servido de guias aos argumentos de cada lado, os votos dos Ministros Zavascki e Barroso, no sentido da maioria; e o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido da divergência vencida.

Em seu voto, o relator Min. Teori Zavascki afirma, de prontidão, que o tema da execução provisória de sentença penal envolve não apenas uma reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, mas também “a busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal”³⁵.

Dito isto, o principal argumento desenvolvido pelo voto é o de que a presunção de inocência se esvai com a proclamação de sentença condenatória de segundo grau, uma vez

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Teori Zavascki no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, pp. 2-3

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Teori Zavascki no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 4

que é nessa instância que encerra, em definitivo, o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação da culpa ou não do acusado. Assim, é dizer que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória”³⁶, restando o duplo grau já concretizado no momento que se encerra o julgamento da apelação.

Vê-se, dessa forma, que o voto do Min. Teori em muito reproduziu o entendimento formulado por Menezes Direito, não trazendo grande inovação à discussão. Nesse sentido, muito mais inovador é o voto do Ministro Barroso.

Em seu voto, o Ministro Barroso, segundo ele mesmo, justifica a prisão imediata após condenação em segunda instância através três fundamentos de caráter jurídico e três elementos de caráter pragmático. Os fundamentos jurídicos são elencados da seguinte forma:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.³⁷

Já os fundamentos de teor pragmático seriam que a execução da pena após condenação em segundo grau (i) coíbe a interposição de recursos protelatórios, tornando o

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Teori Zavascki no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 9

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 28

sistema criminal mais funcional; (ii) torna o sistema punitivo brasileiro menos seletivo e mais republicado, afastando a noção de que os ditos crimes de colarinho branco acabam sem punição efetiva; e (iii) quebra o paradigma da impunidade no sistema criminal.³⁸

Percebe-se, assim, que o Ministro Barroso adiciona à discussão uma dimensão previamente inexistente, erigida em preceitos de ponderação de princípios e promoção de transformações significativas na ordem jurídica vigente – ambos aspectos que revelam o evidente caráter neoconstitucionalista de seus argumentos, os quais serão explorados detalhadamente mais à frente.

Há, ainda, de se examinar a posição oposta, que restou derrotada. A despeito de a divergência ter sido iniciada pela Ministra Rosa Weber, ela própria confessa ter sido pega de surpresa pela inclusão do caso em pauta e não ter disposto de tempo hábil para aprofundar-se na confecção de um voto.³⁹ Assim, o voto que veio a melhor aglutinar os pensamentos daqueles que se opuseram à mudança de entendimento foi o do Ministro Marco Aurélio, cujas razões foram reforçadas pelos votos dos Ministros Celso de Melo e Ricardo Lewandovski, que o sucederam.

Para o Min. Marco Aurélio, o caso não demonstra nenhum elemento apto a fundar a radical mudança de jurisprudência que está sendo proposta, porquanto adequa-se perfeitamente ao entendimento firmado no sentido de conceder a rodem. Não bastasse isso, permitir a prisão definitiva durante a pendência de recursos é, para o Ministro, um esvaziamento não apenas do direito à presunção de inocência, mas também do próprio modelo garantista da Carta de 1988.

Afirma o Ministro que, em seu entendimento, o preceito constitucional não admite interpretações, citando a máxima da hermenêutica jurídica que dita que não deve a interpretação incidir sobre o texto constitucional claro e preciso, sob pena de se reescrever a própria norma jurídica.⁴⁰

Por fim, alerta para o gravíssimo risco que representa a perda da liberdade do indivíduo, que é um dano irreparável:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado,

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, pp. 49-53

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Min. Rosa Weber no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 55

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 78

transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.⁴¹

A despeito das advertências do Min. Marco Aurélio e demais magistrados que o acompanharam, porém, entendeu a maioria por acolher a posição de voltar a permitir o início da execução da pena antes do trânsito em julgado, revertendo, assim, a decisão antes reconhecida como grande avanço nos direitos individuais do réu, e retornando o ordenamento jurídico à posição que se encontrava imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988.

2.4 ADCS 43, 44 E 54: RECONSIDERAÇÃO E POSSÍVEL RETIFICAÇÃO?

Apesar de o entendimento firmado em 2016, no julgamento do HC 126.292, ainda ser o prevalecente até o momento de escrita deste trabalho, não significa que ele foi a última notícia advinda do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Muito pelo contrário: insatisfeitos com a forma como o tema havia sido firmado na jurisprudência até então, duas entidades, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambos entes legitimados aptos a suscitar o controle de constitucionalidade pela via concentrada, decidiram ajuizar, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.

Apensadas uma à outra, ambas as ações coincidiam em seus pedidos e no seu objetivo: visando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê:

Ninguém será 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.⁴²

O referido artigo, como já dito, reflete os valores contidos no princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ao condicionar a prisão de réu ao trânsito em julgado da sentença condenatória, excetuadas os casos de prisão cautelar. É certo que visam, assim, trazer mais uma vez à tona a discussão sobre a

⁴¹ *Op cit*, p. 78

⁴² BRASIL. Art. 238 do Código de Processo Penal, promulgado em 3 de outubro de 1941.

possibilidade ou não da referida prisão, a fim de estabelecer um resultado que gere amplos efeitos em toda a jurisdição nacional.

É importante observar, nesse sentido, que, até o momento, apesar de as teses firmadas no passado terem, cada qual à sua época, sido consideradas pacificadoras do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, nenhuma delas possuía, na realidade, eficácia *erga omnes* ou efeito vinculante sobre o resto do Judiciário brasileiro. Isso porque ambas as teses resultaram do julgamento de *habeas corpus*, remédio constitucional que é uma modalidade de controle difuso de constitucionalidade – o qual, por excelência, tem os efeitos de sua decisão restritos às partes do processo. Assim, por mais forte que fosse o precedente, os Tribunais encontravam-se tecnicamente livres para discordar do mesmo, caso julgassem mais interessante.

Como apenas os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade – ADI, ADC, ADO e ADPF – são dotados de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o intuito no ajuizamento de ações declaratórias de constitucionalidade é claro: procuram os requerentes não apenas ver triunfante a posição que julgam mais correta, mas, principalmente, almejam a unificação da jurisprudência nacional sob um precedente único, de eficácia ampla e vinculante, para assentar, de forma muito mais definitiva, a possibilidade ou não de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda na pendência de recursos sem efeito vinculante.

Se o interesse dos requerentes é o de ver o art. 283 do CPP declarado constitucional e, por consequência, a execução antecipada da pena declarada inadmissível, todavia, as perspectivas não são das mais otimistas. Isso porque, a despeito de ainda estar pendente, quando da data de escrita deste trabalho, o julgamento do mérito das ações, já foi examinada, em outubro de 2016, a medida cautelar que requeria, tal qual deve ser em uma medida cautelar em ADC, a suspensão de todos os processos que tratassem da matéria questionada – e o resultado, infelizmente, não foi o que se almejava: por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo não provimento da medida cautelar, mantendo o entendimento firmado em 2016 no sentido da legalidade da prisão após condenação em segunda instância.

Todavia, apesar de a mensagem passada pelo resultado do julgamento da cautelar ser, em geral, de pessimismo, há nela contornos de esperança: um placar de seis votos a cinco é uma decisão acirrada, com a possibilidade de reversão a qualquer instante.

E a esperança se torna ainda mais forte quando se considera que, no polêmico e midiático caso do HC 152.752, cuja votação em plenário se deu no dia 4 de abril de 2018,

cujo paciente era o ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes concordaram, ainda que em menor extensão, com o posicionamento da não admissão da execução antecipada da pena. Por essa razão, inclusive, a maioria só foi formada neste caso com o voto da Ministra Rosa Weber, que declarou expressamente que, naquele momento, votava com a maioria apenas por respeito à jurisprudência do Tribunal e ao princípio da colegialidade, mas que no julgamento da ADC, que considera ser o instrumento mais adequado à apreciação da tese e à modificação de jurisprudência, votaria de forma contrária à prisão após condenação em segundo grau.⁴³

Dito isto, importa, finalmente, examinar os votos proferidos no julgamento da referida medida cautelar, dentre os quais se destacam, primeiramente, no sentido da tese vencedora, o longo voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso; e, em segundo lugar, no sentido a divergência, o voto do relator, Min. Marco Aurélio, bem como o interessantíssimo voto do Min. Dias Toffoli, em razão da interessante e inovadora tese nele contida.

O Ministro Luís Roberto Barroso dá início a seu voto destrinchando o conteúdo das petições iniciais de ambas as ações, numa espécie de segundo relatório. Logo em seguida, todavia, parte não para as razões de direito do seu entendimento, mas para, segundo ele próprio, uma “contextualização do debate”. Em verdade, trata-se de uma exposição de uma longa lista de casos em que condenados pela prática, em geral, de crimes contra a vida que foram capazes de, por muito tempo, escapar dos efeitos da sua condenação – casos estes que, segundo o ministro, ilustram que o sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente, sendo a tutela do direito penal e a confiança da sociedade na Justiça severamente comprometidas pela fato de o réu permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.⁴⁴

Em seguida, procede o ministro à reconstrução do julgamento do HC 126.292, em 2016, reforçando os mesmos fundamentos do voto já descrito, tanto os de ordem jurídica quanto os de ordem pragmática.

Por fim, Barroso busca demonstrar que o art. 283 do CPP não compõe óbice à prisão após decisão em segunda instância, rebatendo o argumento de que o art. 283 espelharia a previsão do art. 5º com a afirmativa de que a Constituição não prevê especificamente o condicionamento da prisão, e sim da certeza de culpabilidade, ao trânsito em julgado; e, em relação ao argumento de que o art. 283 expressaria uma opção legítima do legislador à luz da

⁴³ WEBER, Rosa. Voto da Min. Rosa Weber no *Habeas Corpus* nº 152.292, Rel. Min. Edson Fachin, p. 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso na medida cautelar nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, pp. 57-64

“moldura” da Carta de 1988, ele reconhece a possibilidade da leitura feita pelo requerente, mas afirma que é possível, da mesma forma, retirar do artigo compreensão que permita a execução antecipada da pena se este for interpretado à luz das exigências constitucionais de efetividade do sistema de justiça criminal.⁴⁵

Em posição oposta encontra-se, novamente, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, em que defende, desde o início, que o art. 5º, LVII, da Constituição não deixa espaço para dúvidas, afirmando que “a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”⁴⁶. Para reforçar esse entendimento, cita, ainda, o voto proferido no julgamento do HC 126.292, em 2016.

Confere, ainda, destaque ao papel do trânsito em julgado como marco para início da punição, fazendo referência ao problema da superlotação dos presídios, e conclui que, se não observado tal marco temporal, comete-se grave ofensa ao princípio da presunção de inocência.⁴⁷

Ademais, o ministro demonstra que o Superior Tribunal de Justiça possui a função, consagrada pela Carta de 1988, de uniformizador da legislação infraconstitucional – papel que certamente abrange examinar a correta interpretação da lei penal. Assim, considerando que o juízo de culpabilidade no direito penal diz respeito não apenas à análise fática como também à conformação normativa do delito, percebe-se que o STJ funciona como um verdadeiro tribunal de cassação, e que, desta forma, a certeza jurídica da condenação não se forma na segunda instância, e sim, no mínimo, no Superior Tribunal de Justiça. Não havendo certeza, portanto, não pode haver execução imediata após o julgamento de segundo grau.⁴⁸

Por fim, dando sequência lógica à porção final do voto do Min. Marco Aurélio, tem-se o voto do Ministro Dias Toffoli. Em seu voto, a princípio, o magistrado deixa claro que, a seu ver, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, além de ferir o princípio da presunção de inocência, é também contrário à toda a construção normativa de execução da pena, uma vez que a Lei de Execução Penal estabelece tratamento diferenciado ao preso provisório e ao condenado – e o preso após condenação de segundo grau não se adequa a nenhuma das duas categorias.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso na medida cautelar nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, pp. 71-76

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Marco Aurélio na medida cautelar nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 14

⁴⁷ *Op cit*, p. 15

⁴⁸ *Op cit*, pp. 20-23

O maior destaque do voto do Min. Toffoli, contudo, se dá quando, interpretando o requisito de trânsito em julgado como uma exigência de certeza na formação de culpa, o magistrado busca descobrir qual o momento em que se firma a certeza da culpabilidade do agente:

Dessa feita, como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).⁴⁹

Assim, nessa linha, estabelece que, se o trânsito em julgado for equiparável à certeza da culpabilidade, seria viável a execução antecipada da condenação após o julgamento de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁰ Propõe, assim, uma espécie de meio termo entre os dois entendimentos opostos; essa tentativa, contudo, também não foi escolhida pela maioria.

Finalmente, como último desdobramento recente, há o ajuizamento posterior da ADC 54, cujo requerente é o Partido Comunista do Brasil, que possui a mesma causa de pedir das outras duas ações, motivo pelo qual foi também apensado aos demais feitos. Neste caso, contudo, o requerente aponta a superveniência de fato novo: a indicação, em razão da mudança de posicionamento do Min. Gilmar Mendes e a promessa de voto feita pela Min. Rosa Weber no julgamento do já mencionado HC 152.752, de que a posição majoritária firmada no julgamento da cautelar poderia não mais refletir o posicionamento da corte sobre a constitucionalidade da matéria.

Em face deste novo pleito, bem como de subsequente pedido do Partido Ecológico Nacional para nova apreciação da matéria na ADC 43, decidiu o Ministro Marco Aurélio levar a cabo o julgamento definitivo das ações declaratórias, chegando, inclusive, a deferir o pedido liminar da ADC 54 para determinar a imediata suspensão da execução de todas as penas cuja decisão que a determine não tenha ainda transitado em julgado, ressalvados os

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Dias Toffoli na medida cautelar nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 171

⁵⁰ *Op cit*, p. 173

casos de prisão cautelar – liminar a qual, todavia, teve sua aplicação imediatamente suspensa pelo Presidente da corte até a apreciação da matéria em plenário.

O fato, contudo, permanece de que nos encontramos na iminência de mais uma possível reviravolta no entendimento sobre o tema. Com as três ações pautadas para julgamento no dia 10 de abril de 2019, é certo que não há momento melhor se estudar o tema e tentar, de alguma forma, contribuir para a construção do entendimento que se entender mais correto.

É essa a finalidade que este estudo pretende atingir: identificar as formas como a aplicação das teses do Neoconstitucionalismo, as quais já se sabe que oferecem graves riscos ao próprio Estado de Direito, contribuíram e podem contribuir ainda para restringir a garantia fundamental de presunção de inocência, caso não sejam postas em cheque. É a esta tarefa que se dedicará o último capítulo desta obra.

3. O IMPACTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO RELATIVO À POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Havendo estudado e compreendido a essência, as origens e as teses da vertente do Neoconstitucionalismo, bem como examinado a extensão da garantia constitucional de não culpabilidade e os julgamentos que resultaram em sua relativização ao longo dos anos, o próximo passo para este estudo é o de relacionar as duas matérias, a fim de evidenciar a forma como essa doutrina serviu para fundamentar a restrição a este princípio constitucional, em prejuízo da condição do réu.

Como talvez já tenha sido possível notar da transcrição e exame da jurisprudência no capítulo anterior, a doutrina neoconstitucional com certeza desempenhou papel inspirador na formulação da jurisprudência que autorizou a prisão de réu após a condenação por sentença penal de segunda instância, mas antes do efetivo trânsito em julgado do processo, a qual se entende como uma interpretação lesiva ao princípio da presunção de inocência. Por esse motivo, torna-se essencial diagnosticar essa influência, a fim de denunciar as violações à ordem constitucional que nela se fundam e, talvez, evitar sua repetição futura.

3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO NA CONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO PRÓ-EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE SEGUNDO GRAU

Ao examinar os diversos votos proferidos nos julgamentos do HC 126.292 e da medida cautelar nas ADCs 43 e 44, é possível perceber o uso de diversos argumentos de cunho neoconstitucionalista. A presença desse tipo de fundamento é notadamente mais abundante na construção do entendimento ora predominante, favorável à prisão executada na pendência de recursos sem efeito suspensivo.

Enquanto o lado que defende a impossibilidade da pena antecipada tende ao emprego de uma argumentação jurídica mais tradicional, o lado vencedor demonstra uma utilização muito mais frequente de interpretação jurídica que evoca ao Neoconstitucionalismo. Certamente isso não se dá por mera coincidência, uma vez que é essa a posição com a qual se alinha Luís Roberto Barroso, que, além de ministro da Suprema, é possivelmente o maior nome da doutrina neoconstitucionalista no Brasil. Faz sentido também, portanto, que sejam

justamente os seus votos que possuam a maior concentração de argumentos de cunho neoconstitucional.

A fim de estabelecer parâmetros aptos a distinguir tais argumentos, cumpre resgatar os fatores que distinguem o Neoconstitucionalismo das demais teorias constitucionais. De acordo com Daniel Sarmento (2009, p. 113), que muito bem reúne os elementos delineados pela doutrina, são estes:

- (i) o reconhecimento de força normativa aos princípios jurídicos e a sua valorização na aplicação do Direito;
- (ii) a rejeição ao formalismo, substituído por métodos mais abertos de raciocínio jurídico, tal como a ponderação de princípios;
- (iii) a constitucionalização do Direito, marcada pela irradiação das normas constitucionais sobre o resto do ordenamento jurídico;
- (iv) a reaproximação entre o Direito e a moral, com maior penetração da filosofia nos debates jurídicos; e
- (v) a judicialização da política e das relações sociais, deslocando o poder da esfera dos demais poderes democráticos para o Judiciário.

Todos esses elementos podem, com efeito, ser observados nos diversos votos proferidos nos julgamentos do HC 126.292 e da cautelar nas ADCs 43 e 44.

O reconhecimento de caráter normativo aos princípios jurídicos, por exemplo, é praticamente pressuposto da discussão como um todo. A Constituição Federal de 1988, como descreve Barroso (2007, p. 206), definitivamente faz parte do grupo de constituições decorrentes de processos de redemocratização e cujas normas possuem caráter não meramente procedimental, mas sim de direito substantivo; e a corte constitucional brasileira, na vigência da Carta de 1988, nunca teve receio de assumir a conferência de poder normativo aos princípios e garantias previstos no texto constitucional.

Na realidade, percebe-se que ambas as visões em confronto nos referidos julgamento, apesar de opostas, utilizam-se da força normativa dos princípios constitucionais para fundamentar suas teses. Nesse sentido, de um lado, verifica-se na decisão monocrática do Min. Marco Aurélio na ADC 54:

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução

de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.⁵¹

Já do outro lado, em seu voto no HC 126.292, o Min. Luís Roberto Barroso não reconhece apenas a força normativa dos princípios como também a necessidade de ponderação destes, remetendo ao segundo elemento característico do Neoconstitucionalismo:

Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade.⁵²

Em relação ao referido segundo elemento, que diz respeito à prevalência de métodos interpretativos menos rígidos sobre o formalismo jurídico tradicional, percebe-se, deste mesmo trecho, que há amplo reconhecimento e uso, pelo voto do Min. Barroso, da metodologia de ponderação de princípios como ferramenta válida para construir o fundamento da decisão. Não é, contudo, o único método interpretativo de que se utilizam aqueles que votam no sentido de permitir a prisão após condenação em segunda instância. No seu voto na mesma demanda⁵³ e posteriormente em edição revisada de seu livro (MENDES, 2018, pp. 344-345), o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, realiza em seu voto um exercício argumentativo para dizer que a norma do art. 5º, LVII, da Constituição, apesar de afirmar que ninguém será culpado sem o trânsito em julgado da condenação, não precisa o que seria o ato de considerar alguém culpado – e que, por isso, o espaço do legislado para conformação do princípio seria amplo, permitindo o estabelecimento da prisão antes do trânsito em julgado como consequência da progressiva comprovação de culpa do réu.

No mesmo sentido, observa-se, ainda, o voto do Min. Edson Fachin, no qual, em assumido exercício de ponderação de princípios, declara:

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio sobre medida cautelar na ADC 54, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 15

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 38

⁵³ *Op Cit.* Voto do Min. Gilmar Mendes, pp. 66-67

“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.⁵⁴

Já o lado que advoga pela constitucionalidade do art. 283 do CPP parece recusar na totalidade a possibilidade de ponderação principiológica ou qualquer outro método interpretativo para dirimir a eficácia do princípio da presunção de inocência, mantendo-se, nesse sentido, a uma concepção mais formalista. É o que se depreende quando, no voto do relator no julgamento da cautelar das ADCs 43 e 44, se afirma que “a literalidade do preceito [do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988] não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”.⁵⁵

No que toca ao terceiro elemento enumerado por Sarmiento, a constitucionalização do Direito, nota-se que este, tal qual o elemento de atribuição de caráter normativo ao texto fundamental, se faz presente nas duas posições, uma vez que ambas buscam interpretar a disposição do art. 283 do Código de Processo Penal à luz dos preceitos constitucionais. De um lado, argumenta-se que o dispositivo reflete o próprio conteúdo do princípio de presunção da não culpabilidade⁵⁶; do outro, diz-se que deve ser analisado não somente à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, mas também dos incisos LXI e LXVI do mesmo artigo, para diferenciar a culpabilidade da exigência para prisão.⁵⁷ De ambos os lados, contudo, é inegável o reconhecimento da irradiação dos preceitos constitucionais sobre o ordenamento jurídico.

A aproximação entre direito e moral de que consiste o quarto elemento característico do Neoconstitucionalismo, por sua vez, aparece de forma muito mais polarizada na discussão. Isso porque, no lado daqueles que entendem pela incompatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio de presunção de não culpabilidade, o argumento que mais se aproxima de um questionamento moral é a indagação de “perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso, a ser alterado, transmutando-se a condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Edson Fachin na medida cautelar na ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 35

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Marco Aurélio na medida cautelar na ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 14

⁵⁶ *Op cit*, pp. 16-17

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, pp. 35-37

cidadão?”⁵⁸, feita pelo Min. Marco Aurélio; mesmo assim, é evidente que esta questão, ainda permanece de cunho inteiramente jurídico, uma vez que as consequências da perda indevida de liberdade são tão interessantes para o direito quanto para a moral.

Por outro lado, a posição daqueles que defendem a validade da prisão após sentença condenatória de apelação é marcada pela apresentação de argumentos de cunho moral, trazidos com a intenção de comover e convencer o interlocutor do ponto de vista defendido – que, no caso, é a necessidade do cumprimento antecipado da pena como meio de combater a impunidade. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Barroso na cautelar das ADCs 43 e 44, no qual o Ministro traz relatos de múltiplos casos em que o condenado obteve prolongado êxito em esquivar-se da execução da pena imputada, repetindo, a cada caso, que “o sistema que tínhamos não era garantista”, no claro intuito de apelar aos valores morais de seu interlocutor para convencê-lo de que a exigência de trânsito em julgado da sentença condenatória seria complacente com a impunidade e que, sendo esta absolutamente condenável do ponto de vista moral, aquela, portanto, também o seria.⁵⁹

Por fim, chega-se ao elemento relativo à judicialização da política e das relações sociais, o qual, curiosamente, já fica efetivamente demonstrado pelo próprio conteúdo da matéria e pelo ajuizamento da ação. Isso porque, como bem se sabe, a questão da prisão após condenação em segunda instância e o debate acerca da impunidade no sistema penal brasileiro que a acompanha ocupam espaço de grande relevância nas discussões políticas do país. Prova disso é encontrada no próprio discurso de apelo moral do Min. Barroso descrito logo acima: pela retórica que emprega, e pela repetida apresentação de casos fortes e comoventes, deduz-se que o magistrado, quando declarou esse voto em plenário, não se dirigia somente aos seus colegas ministros, cujas razões são predominantemente técnicas, mas principalmente à população brasileira que ora assistia, atenta, ao julgamento, e que certamente se comove muito mais facilmente com a sorte de argumentos morais apresentados. Dessa forma, nada mais se intenciona do que atrelar o interesse político do povo à demanda, dando ao julgamento uma inegável dimensão política.

Conforme demonstrado, é inegável, portanto, que o modo de pensar do Neoconstitucionalismo encontra-se presente, e muito, nos julgamentos relativos à execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, sendo suas razões empregadas por ambos os lados do debate.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 78

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso na medida cautelar nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, pp. 57-62

Dito isso, porém, é importante destacar que, apesar de a perspectiva que busca a proibição da execução antecipada não estar isenta do uso de argumentos de teor neoconstitucionalista, é o lado da discussão que prega pela manutenção dessa possibilidade que emprega essas razões com muito mais força e frequência, como ficou demonstrado na análise de praticamente todos os elementos listados.

Nessa toada, há, ainda, uma última característica do Neoconstitucionalismo, destacada por Daniel Sarmiento (2009, pp. 125-126), que merece ser retomada: o caráter emancipatório dessa nova teoria constitucional, sua ênfase na transformação social por meio da atividade jurisdicional. E quando se busca identificar essa vontade característica nos julgamentos em análise, é na defesa da admissão da prisão imediata após o segundo grau de jurisdição que se identifica essa ímpeto de transformação da sociedade brasileira – neste caso, nos termos de Barroso⁶⁰, na forma da intenção de quebrar o *paradigma da impunidade* do sistema criminal brasileiro.

Diante de tudo isso, fica evidente que a adoção do Neoconstitucionalismo, nos casos examinados, se deu principalmente no sentido da permissão do início da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo requerido apenas o julgamento do feito em segunda instância, pendente, ainda, o julgamento de recursos sem efeito suspensivo. Através da decisão de adoção dessa perspectiva, opera-se severa limitação do princípio constitucional de presunção da não culpabilidade. Em outras palavras, é dizer: o Neoconstitucionalismo é culpado de contribuir com a grave restrição da garantia fundamental de presunção de inocência.

3.2 – A DETERIORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO ILUSTRAÇÃO DOS RISCOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Apesar de tudo, a confirmação de que o Neoconstitucionalismo desempenhou papel instrumental para que se operasse restrição ao direito constitucional à presunção de não culpabilidade não revela a surpresa que dela se esperaria. Isso porque esse desfecho nada mais do que confirma os riscos, reconhecidos por Daniel Sarmiento e, principalmente, por Jorge Galvão, que o Neoconstitucionalismo oferece à sociedade e ao Estado de Direito como um

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 53

todo. Os motivos desse conflito e a forma como a restrição da garantia de presunção de inocência o ilustra serão explorados a seguir.

O motivo pelo qual Galvão afirma, em sua obra, que o Neoconstitucionalismo oferece perigo ao Estado de Direito decorre do fato de que esta corrente o vislumbra de uma forma simplória e inadequada. Afirma o autor que uma concepção abrangente do Estado de Direito precisa levar em consideração todas as perspectivas de respeito à dignidade humana na forma de uso do direito. Dentre essas perspectivas, existem aquelas que expressam a dignidade intrínseca à forma de operação do próprio direito pelo agente; e é a necessidade de consideração dessas perspectivas que conferem ao Estado de Direito seu caráter de exigência de respeito aos compromissos institucionais assumidos perante a sociedade (GALVÃO, 2012, p. 173-174).

O Neoconstitucionalismo, contudo, com seu ímpeto de transformação da sociedade através da interpretação constitucional e seu consequente descaso pelo direito fixado em prol da criação de direito novo, falha em observar essa perspectiva de dignidade intrínseca ao momento de construção das normas jurídicas e, dessa forma, enfraquece o ideal de Estado de Direito em diversos aspectos em variados graus. Contudo, os aspectos com os quais se entraria em maior confronto, diz o autor, seriam os de generalidade das normas e sistematicidade, cada qual acaba sendo minando alguns dos modos pelos quais a legalidade respeita e amplifica a dignidade humana” (*op cit*, p. 175)

O primeiro, e que nos é mais interessante, desses modos pelo qual se respeita a dignidade humana em um Estado de Direito e que foi minado pelo Neoconstitucionalismo é a atribuição, às normas jurídicas, da função de guias de conduta. Segundo Galvão (*op cit*, pp. 176-179), se as convicções pessoais de cada indivíduo compõem as chamadas *razões de primeira ordem*, as normas jurídicas assumem o papel de *razões de segunda ordem*. Esse tipo de razão se sobrepõe ao primeiro, excluindo as razões de primeiro grau como motivadoras de ação. Para tal, faz-se fundamental que essas razões de segundo grau, em primeiro lugar, sejam aceitas independentemente de seu conteúdo; e, em segundo, tenham seus comandos normativos conhecidos e compreendidos pelos indivíduos.

O incessante questionamento das normas jurídicas pelo Neoconstitucionalismo, contudo, opera sobre as normas jurídicas um efeito de remoção da sua qualidade de razão de segundo grau, e percam também, assim, a sua capacidade de guiar os indivíduos que a ela se submetem. Sobre a forma como se leva a cabo esse processo, Galvão explica:

O raciocínio neoconstitucional é: a Constituição de 1988 estatui primordialmente uma gama de princípios que se espalham por todo o ordenamento jurídico, tornando toda a aplicação jurídica em uma questão constitucional. Seguindo o modelo Brown, esses princípios são considerados valores abstratos – e não compromissos político-constitucionais específicos – o que significa que o seu conteúdo é sempre indeterminado, devendo ser procedida uma ponderação entre as diversas razões envolvidas para se definir qual a norma concreta aplicável ao caso. Isso faz com que sempre seja possível transformar os compromissos institucionais assumidos por outros que o intérprete entenda mais adequados. Ao visualizar o Direito como instrumento de mudança social, o Neoconstitucionalismo inverte a presunção de constitucionalidade das normas, que passam a ter sua constitucionalidade dependente de um projeto emancipatório.⁶¹

Percebe-se que esse raciocínio descreve perfeitamente o processo de desconstrução que levou à mudança de entendimento quanto à possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado: à regra jurídica do artigo 283 do Código Processual Penal foi finalmente dada eficácia plena no julgamento do HC 84.078, no sentido de vedar a prisão anterior ao trânsito em julgado. Naquele momento, reconhecida como uma concretização da garantia de presunção de inocência, o preceito possuía status de razão de segunda ordem.

A lógica empregada pelo Neoconstitucionalismo de interpretação jurídica à luz dos princípios irradiantes da Constituição, contudo, deu espaço para o questionamento da norma, e afastou, assim, sua qualidade de razão de segundo grau. Justamente por isso é que, quando veio a se questionar a sua validade no julgamento do HC 126.292, os argumentos trazidos eram justamente os de não adequação aos princípios constitucionais de eficiência do direito penal.

E foi assim, instaurada a dúvida quanto à validade da norma e estabelecido um contexto de necessidade de ponderação de princípios para definir seu significado, que a interpretação constitucional levada a cabo pelos juízes pôde inverter completamente o sentido da norma – atendendo, certamente, ao propósito emancipatório vislumbrado pelos magistrados naquele momento, e não a um verdadeiro propósito de justiça.

Conclui-se, portanto, que o processo que levou ao reconhecimento da legalidade da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado e, com isso, deu causa à violação e restrição da garantia constitucional de presunção de inocência é uma

⁶¹ GALVÃO, 2012, p. 179, sem grifos no original.

ilustração perfeita da dissipação da densidade das normas que representa o grande perigo oferecido pela doutrina neoconstitucionalista. Em outras palavras, a grave violação infringida sobre garantia de presunção de inocência atesta a concretude da grave ameaça que o Neoconstitucionalismo representa ao Estado de Direito, e serve de pequena fresta pela qual podemos ter um breve vislumbre do preocupante futuro que pode nos aguardar.

CONCLUSÃO

Assim, em face de tudo o que até aqui se argumentou, fica evidente que o Neoconstitucionalismo teve, sim, papel determinante na construção do entendimento expresso pela maioria no julgamento HC 126.292, no sentido de reconhecer a possibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, dado que essa decisão incide em afronta completa à integralidade do preceito de presunção de não culpabilidade, conclui-se que o Neoconstitucionalismo desempenhou papel instrumental na relativização e restrição da garantia constitucional de presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Assim, como se vê, apesar da ambição de atender aos anseios populares e realizar um verdadeiro processo de emancipação através do direito que possuem as teses do Neoconstitucionalismo, a prática das dinâmicas fundadas nos valores desta doutrina tem demonstrado não o avanço civilizatório que se propõe a fazer, mas sim os perigos para os quais alertam Daniel Sarmento e, principalmente, Jorge Galvão, que colocam em risco não apenas a segurança jurídica ou os direitos individuais dos cidadãos, mas também o próprio Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGRA, Walber de Moura. A Legitimação da Jurisdição Constitucional pelos Direitos Fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. *Constitucionalismo: Os desafios do Terceiro Milênio*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

_____, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, v. 10, p. 25-66, 2008.

_____, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos; Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

_____, Luís Roberto. Mutações Constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009a.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

_____, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición. In: *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. *O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp-Um Estudo Empírico Quantitativo (The Impact of Execution of Criminal Convictions before the Trial of Appeals to Superior Courts A Quantitative Empirical Study)*. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2019.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____, Antônio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneo: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo: a Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Ed. Método, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, nº 21, vol. II, p. 339-353, 1998.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

_____, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma Visão Panorâmica do Caso Brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. A Incompatibilidade paradigmática entre positivismo e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia; OLIVEIRA, Farlei Martins. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

_____, Lênio Luiz. A Crise paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel;

BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2009a.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Brasília/DF, 1988. Disponível em: <<http://bit.do/CF88>>. Acesso em 13 mar. 2019.

_____. *Código Penal, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 5 de outubro de 2016. Diário da Justiça, Brasília/DF, 7 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 5 de outubro de 2016. Diário da Justiça, Brasília/DF, 7 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54*. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 5 de outubro de 2016. Diário da Justiça, Brasília/DF, 1º de fevereiro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.078*. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Rel. Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 5 de fevereiro de 2009. Diário da Justiça, Brasília/DF, 26 de fevereiro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292. Impetrante: Marcio Rodrigues Dantas. Rel. Teori Zavascki. Brasília/DF, 2 de setembro de 2016. Diário da Justiça, Brasília/DF, 7 de fevereiro de 2017.

WEBER, Rosa. *Voto da Ministra Rosa Weber no Habeas Corpus* 152.752. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília/DF, 5 de abril de 2018. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>