



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



DRAILTON FERREIRA VIEIRA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF: Uma análise da relação entre o direito e
a política na teoria dos sistemas**

Recife

2018

DRAILTON FERREIRA VIEIRA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF: Uma análise da relação entre o direito e a política na teoria dos sistemas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo.

Linha de Pesquisa: Teorias da Decisão Jurídica.

Orientadora: Dr^a. Flávia Danielle Santiago Lima

Recife

2018

DRAILTON FERREIRA VIEIRA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF: Uma análise da relação entre o direito e a política na teoria dos sistemas

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

Aprovado em: 26/12/2018

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. **Flávia Danielle Santiago Lima** (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Professor Dr. **Alexandre Ronaldo da Maia de Farias** (1º Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Professor Dr. **Artur Stamford da Silva** (2º Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Professora Dra. **Carina Barbosa Gouveia** (Suplente de Titular Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Professora Dra. **Renata Celeste Sales** (Titular Externo)
Faculdade DAMAS

Professor Dr. **José Mário Wanderley Gomes Neto** (Suplente Externo)
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Catálogo na fonte

Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

V658p

Vieira, Drailton Ferreira

Presunção de inocência no STF: uma análise da relação entre o direito e a política na teoria dos sistemas / Drailton Ferreira Vieira. – Recife, 2018.
105 f.

Orientador: Flávia Danielle Santiago Lima.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Teoria dos sistemas. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Presunção de inocência. 4. Julgamento – Brasil. 5. Direito e política. 6. Direito – Filosofia. I. Lima, Flávia Danielle Santiago (Orientador). II. Título.

340.1 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-13)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por caminhar ao meu lado em todos os momentos.

A Manoel e Severina por me trazer ao mundo "*in memoriam*".

A Doralice e Durval por substituírem meus genitores.

A Prof.^a Dr.^a Flávia Danielle Santiago Lima, pelas conversas, ideias e, sobretudo, pelo cuidado.

A Prof.^a Dr.^a Carina Gouveia pelas contribuições em momento decisivo.

Ao Teórico, por ter deixado para a humanidade uma Teoria que pretende explicar os complexos sistemas sociais.

RESUMO

Esta dissertação aborda a temática da presunção de inocência e sua relativização no âmbito das recentes decisões proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e que produziram entendimentos diferentes, ora confirmando este princípio, ora flexibilizando sua compreensão e aplicação. A análise aqui recai na interpretação que é dada ao artigo 5º, inciso LVII da constituição de 88, onde se estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Consequentemente, o eixo analítico que perpassa esta pesquisa analisa o sentido conferido ao texto constitucional a partir das definições propostas pelo STF, em decorrência do julgamento dos HC'S 84.078/2009 e 126.292/2016. No primeiro caso, o colegiado da corte firmou entendimento favorável à interpretação absoluta do que diz a norma constitucional, garantindo assim o direito dos condenados de recorrerem em liberdade até as instâncias superiores. Na segunda decisão o tribunal mudou seu entendimento, fixando a possibilidade do início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. O problema principal que envolve esta dissertação diz respeito às relações entre direito e política, discutindo de que forma se dá esta aproximação e de que maneira ela pode engendrar uma parcialidade nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. É através destas discussões trazidas pela teoria dos sistemas sociais que se analisa a mudança de entendimento e o papel da política como influenciadora das decisões prolatadas sob a ótica da teoria dos sistemas. Questiona-se aqui a impossibilidade de mudanças de entendimento dos dispositivos constitucionais a partir da hipótese de que tais reviravoltas jurisprudenciais podem ser compreendidas à luz da teoria de Niklas Luhmann.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Trânsito em Julgado.

ABSTRACT

This dissertation addresses the thematic of presumption of innocence, its relativization in the scope of the recent decisions handed down by the Federal Supreme Court, and that produced different understanding, sometimes confirming this principle, sometimes making its understanding and application more flexible. The analysis here because on the interpretation given to article five, item LVII of the constitution of 88, which states "no one shall be held guilty until the Res Judicata in guilty verdict". Consequently, the analytical axis that runs through this research analyzes the meaning given to the constitutional text from the definitions proposed by the judges of the Supreme Court, because of the judgment of HC's 84,078 / 2009 and 126,292 / 2016. In the first case, the collegiate court established a favorable view of the absolute interpretation of what the constitutional provision says, thus guaranteeing the right of the convicted persons to appeal to the higher courts. In the second decision, the court changed its understanding, establishing the possibility of commencing the sentence after the conviction in the second instance. The main problem involved in this dissertation concerns the relationship between law and politics, discussing how this approximation occurs and how it can engender a bias in the decisions emanating from Federal Supreme Court. It is through these discussions brought about by the theory of social systems that the change of understanding is analyzed and the role of politics as an influencer of the decisions prolated from the point of view from the theory of systems. It is questioned here the impossibility of changes of understanding of the constitutional devices from the hypothesis that such jurisprudential twists can be understood in the light of such a theory.

Keywords: Theory of Systems. Federal Court of Justice. Presumption of Innocence. Res Judicata.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A TEORIA LUHMANIANA DOS SISTEMAS: POR UMA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA	15
2.1	LUHMMAN E A TRADIÇÃO DO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO: ENTRE AS TEORIAS FATORIAIS E AS TEORIAS SISTÊMICAS.....	15
2.2	A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS EM NIKLAS LUHMMAN: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	18
2.3	DIREITO E POLÍTICA NA TEORIA DOS SISTEMAS	28
3	A DOGMÁTICA EM TORNO DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	38
3.1	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NORMATIVA INTERNACIONAL	39
3.2	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA DOGMÁTICA PENAL.....	47
4	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF: O PERCURSO JURISPRUDENCIAL ATE 2016	51
4.1	OS JULGADOS DO STF EM RELAÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	53
4.2	O HC 84.078 E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	58
5	DO TRÂNSITO EM JULGADO AO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF NO HC 126.292 E O CASO LULA.....	64
5.1	O JULGAMENTO DO HC 126.292: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	67
6	O JULGAMENTO DO HC 152.752	83
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
	REFERÊNCIAS	102

1 INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, é considerada a construção teórica responsável pela renovação do pensamento sociológico do século XX. Enquanto instrumento metodológico e referencial teórico, exerce um papel relevante na compreensão dos dilemas por que passam a sociedade contemporânea.

De fato, este período viu emergir situações e mudanças que apontam para um novo horizonte de compreensão da sociedade, diferindo bastante dos dilemas apresentados pelas ciências sociais no século XIX, época em que este conhecimento começou a destacar-se através do trabalho dos sociólogos.

O tema central que norteou os primeiros trabalhos sociológicos dizia respeito à relação entre o indivíduo e sociedade, abrangendo temas cuja intenção principal se propunha a verificar o grau de influência das normas sociais nos comportamentos individuais. A chave de compreensão procurada pelas teorias clássicas da sociologia se comprometia a conceber a realidade social como um conjunto normativo capaz de forjar as consciências individuais, criando uma espécie de ser coletivo impulsionando os agentes privados. Em pouco tempo se constituiu a dicotomia indivíduo-sociedade, que marca os primeiros paradigmas de compreensão da realidade social.

Aliada a esta perspectiva normativista que podemos encontrar em outros autores, por exemplo, os estudos sociológicos se concentraram também na análise da realidade social sob um viés organicista, com forte influência da filosofia e do evolucionismo social. Pensadores como Augusto Comte destacaram o aspecto orgânico da realidade social, apontando a inter-relação entre as diversas partes do organismo social e sua contribuição para a manutenção da ordem, da estabilidade, com vistas ao progresso humano.

Esta ideia de progressão da ordem social esteve inicialmente influenciada por uma perspectiva evolucionista, como se pode notar nos escritos que tratavam das fases de evolução da humanidade até chegar ao positivismo, marcado pelo triunfo da razão sobre o mito e a religião, este foi o viés adotado por Comte. Na perspectiva sistêmica clássica, as instituições sociais cumprem determinadas funções que estão

contidas em suas normas. Ao exercer corretamente suas prerrogativas, estes organismos sociais fortalecem a coesão dos membros que fazem parte de sua estrutura. A consequência imediata do cumprimento do roteiro fixado pelas regras é o aperfeiçoamento moral da sociedade. Mas, para que isto ocorra, é necessário que cada organismo cumpra seus deveres sem adentrar no âmbito de ação dos outros órgãos da sociedade. Em outras palavras, cada instituição cumpre o seu papel sem interferir na funcionalidade das outras estruturas que compõem a sociedade.

Os trabalhos de Luhmman propõem um novo olhar para a realidade social, superando a dicotomia indivíduo-sociedade que marcou os modelos teóricos-clássicos dos primeiros cientistas sociais. Sua teoria sistêmica concebe a realidade social como um grande e complexo sistema de inter-relações sedimentadas pela comunicação, ato básico e fundante da sociedade e sem o qual não é possível estabelecer um sentido para os atos humanos.

Diferentemente de Durkheim (2007, p. 3), que concebe o direito como um fato social, uma vez que as leis funcionam de forma coercitiva, obrigando os indivíduos a agir conforme os papéis definidos, já postos pela sociedade. O sociólogo alemão, enfatiza o caráter comunicacional do subsistema jurídico com sua capacidade de informar novos códigos (o que é ou não do direito), ao grande e complexo sistema social. Esse subsistema pode interagir com a política na medida que fornece códigos normativos que orientam as ações dos agentes políticos.

Em seus escritos, Luhmann, dedicou atenção especial ao direito, assinalando sua relação com a política. Por este motivo, suas ideias expostas em um grande número de obras, tais como: livros, artigos, ensaios; abrem considerações que discutem e refletem o objeto de pesquisa a que se propõe aprofundar. O destaque que o sociólogo alemão dá às discussões entre direito e política vai muito além do que foi estudado pelos clássicos. Daí a importância de se desenvolver um trabalho de pesquisa que olhe para o direito a partir de um viés luhmanianno.

Tanto a filosofia quanto a sociologia do direito têm uma dívida conceitual importante para com este pensador. O indivíduo racional e autônomo, fruto da concepção moderna da realidade, crê na possibilidade de encontrar nas leis que regem o mundo físico e social, estabelecendo um nível de segurança que seria capaz de propiciar um modelo econômico, político e jurídico capaz de levar a

humanidade a vencer as forças irracionais que muitas vezes comandam as ações humanas.

A experiência histórica mostrou a implausibilidade de tal crença. As duas grandes guerras, a ascensão dos regimes totalitários e tantas outras formas de destruição da condição humana, colocaram em xeque o projeto de um mundo melhor sob a condução da razão iluminista. Daí ser necessário engendrar novas formas de compreensão do homem em sociedade. Isto se processa, inclusive, na forma como se deve conceber a ação política após a crise dos fundamentos da modernidade (BAUMANN, 2001).

A este respeito, vale salientar que, se assiste hoje, a crise do modelo representativo sob o qual se ergueu as principais democracias europeias desde o esgotamento das monarquias absolutas no século XVIII. A sociedade civil percebe que a política trilha caminhos que a afastam dos verdadeiros anseios para uma maior participação nas decisões. Há uma percepção geral, e não só no Brasil, de que existe um enorme fosso que coloca a política e os políticos profissionais de um lado e, do outro lado, os cidadãos. Neste cenário, as relações entre direito e política parecem estar sujeitas a um pragmatismo que dificulta a compreensão dos grandes dilemas que afetam a sociedade contemporânea.

Sendo assim, na tentativa de desvendar todos esses dilemas, essa pesquisa terá com eixo central a análise da relativização do princípio da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. É verdade que o direito acompanha as mudanças na sociedade. Porém, o que vem sendo alvo de debates é o nível pelo qual as decisões jurídicas têm oscilado de forma rápida e contínua entre polos antagônicos, influenciando mudanças igualmente radicais do ponto de vista jurídico, como também gerar um quadro de insegurança jurídica.

O poder judiciário não pode abrir mão de sua precípua tarefa de decidir sobre questões importantes que influenciam o desenvolvimento da sociedade. Nos dias atuais, seu papel assume maior importância, visto que, ele é chamado a decidir variados assuntos, assumindo o espaço que deveria ser ocupado por outros poderes da república, a saber, o executivo e o legislativo. Entretanto, vale salientar que isto tem gerado situações de desequilíbrio decorrentes de respostas diversas sobre um mesmo tema de importância social.

Uma destas questões que vem gerando grande controvérsia diz respeito à compreensão e alcance do princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição de 1988. O texto constitucional definiu que ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não houver o trânsito em julgado.

Ao longo dos anos em que a CF-88 começou a vigorar, várias sentenças foram proferidas, porém, observando entendimentos distintos. Em algumas, a condenação em segunda instância ensejou o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em outras, foi observado o princípio da presunção de inocência como expresso na Carta Política e nas Leis Infraconstitucionais, garantindo ao acusado a possibilidade de recorrer da sentença em liberdade, até esgotarem-se todas as instâncias recursais.

Este ambiente encontrou mais consistência em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu no *Habeas Corpus* nº 84.078, firmando entendimento no sentido de respeitar o trânsito em julgado como parâmetro de início do cumprimento da pena. Porém, em 2016, contrariando o que afirmou naquele ano, na deliberação no *Habeas Corpus* nº 126.292, o Supremo mudou seu juízo anterior, possibilitando o início do cumprimento da pena após a sentença prolatada pelas instâncias ordinárias.

O direito não é uma ciência exata, também não é uma forma de saber marcada pela imutabilidade. A princípio, pode-se afirmar que o direito não se abre a mudanças bruscas e radicais em um curto espaço de tempo, principalmente em se tratando de princípios constitucionais. A impossibilidade destas reviravoltas geralmente é percebida como um truísmo, visto que a interpretação rigorosa dos princípios constitucionais é algo de suma importância na garantia das liberdades individuais, e um dos pilares do Estado democrático de direito.

Ambientada num cenário de instabilidade política, decorrente das disputas em torno da mudança de governo, críticas ao executivo e tentativa de se instaurar um processo de impeachment, o pronunciamento do STF a respeito da mudança no entendimento no tocante ao alcance do estado de Inocência, parece ter aberto uma fenda nas incertezas políticas e jurídicas. No entanto, a partir da teoria dos sistemas de Luhmann, é possível vislumbrar tais mudanças, principalmente à luz de sua discussão a respeito das relações entre direito e política. A complexidade sistêmica,

tal como este teórico compreende, permite que elementos do ambiente produzam irritações no corpo sistêmico, fazendo com que este o rejeite ou absorva, passando a fazer parte do elemento comunicativo próprio daquele determinado arranjo sistêmico.

É com base nestas questões de fundo que, este trabalho, se propõe a estabelecer um diálogo entre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da relativização do princípio da presunção de inocência e a teoria luhmanianna dos sistemas sociais. Este referencial teórico, será utilizado, a fim de indagar qual o papel que ainda cabe aos sistemas político e jurídico em relação ao entendimento e aplicação das decisões judiciais.

No caso específico do Brasil, as relações entre direito e política vem alcançando um grau de tensão que parece se agravar ao longo destes últimos anos. Fala-se muito em judicialização da política e politização do direito. Mais do que trocadilhos semânticos, estas expressões refletem o momento atual, cercado de incertezas, corroboradas pelas mudanças de entendimento em questões importantes que dizem respeito à garantia de determinados princípios constitucionais. Uma destas mudanças se refere, conforme já foi dito, ao alcance e aplicabilidade do princípio da presunção de inocência. Os recentes episódios envolvendo a concessão ou não de *Habeas Corpus* a réus condenados em segunda instância reacendeu o debate em torno da normatização do princípio da presunção de inocência, notadamente quando a mudança no entendimento do STF afetou o processo político, com a prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, condenado em segunda instância no âmbito da Operação Lava Jato.

Entender como se processou esta mudança e como ela se articula com os pressupostos contidos na teoria sistêmica é o objetivo central deste trabalho investigativo. Para trilhar este caminho metodológico esta dissertação está dividida em cinco capítulos.

O primeiro capítulo representa o marco teórico. Nele será traçada uma incursão na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, dada à extensão de sua obra, o foco recai em alguns aspectos específicos, em especial, as relações entre direito e política. São eles que servirão de norte as discussões sobre a relativização do princípio da presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a intenção deste trabalho não é o de apresentar uma ampla análise da obra luhmmaniana, mas, o de propor um diálogo entre as ideias do teórico alemão e as recentes decisões proferidas pelo STF em relação à prisão após a condenação do réu em segunda instância. Este momento inicial será importante para discutirmos o papel da Constituição como guardiã e legitimadora do direito, evitando sua desagregação por causa da introdução de elementos estranhos à sua estruturação.

No segundo capítulo será introduzida a dogmática a respeito da relativização do princípio da presunção de inocência. Neste sentido, se recorre aos tratados internacionais, alguns deles ratificados pelo governo brasileiro que introduziram esta temática em suas decisões. É importante salientar também o que diz a constituição a este respeito, o Código de Processo Penal, bem como a Doutrina nacional que versa sobre tal princípio.

No terceiro capítulo serão analisadas as decisões que confirmaram o texto constitucional, por meio de uma interpretação literal do artigo 5º, inciso LVII e os julgados que modificaram o entendimento do STF a respeito do alcance e aplicabilidade da presunção de inocência. Para isto, optou-se por fazer uma análise dos HC'S 84.078 e 126.292, os quais estabeleceram resultados distintos com relação à problemática do trânsito em julgado.

A escolha destes julgados se deve ao fato de que eles ensejaram um grande embate no STF, opondo de um lado os defensores da interpretação literal do texto constitucional e, do outro, os Ministros favoráveis à sua relativização. A análise dos julgados irá culminar com uma discussão a respeito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 42 e 43, que poderão restabelecer o entendimento anterior a 2016, ou confirmarão o que propuseram nas decisões colegiadas recentes, isso será analisado no quarto capítulo deste trabalho.

Na quinta parte deste estudo, foi necessário introduzir a análise do HC nº 152.752, não só pelo fato de obrigar um ex-presidente da república iniciar o cumprimento de pena após a condenação em 2º instância, mas também, por vários outros motivos que serão postos em momento oportuno.

O desenho metodológico desta pesquisa, parte-se do método indutivo, compreendendo os casos concretos particulares a partir de determinado marco teórico, no caso, a teoria dos sistemas de Luhmman. O estudo é

predominantemente teórico, com análise de decisões jurídicas, levantamento bibliográfico e utilizando-se nelas uma perspectiva qualitativa.

Este é o viés assumido por este trabalho de investigação. Para longe da refrega política atual, é necessário interpretar as dicotomias sociais à luz das teorias jurídicas e sociológicas. São elas que podem ajudar no sentido de ampliar a compreensão a respeito das questões mais candentes deste tempo.

2 A TEORIA LUHMANIANA DOS SISTEMAS: POR UMA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Este capítulo, tem por finalidade, abrir o horizonte de discussão a respeito da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, mostrando suas consequências para a renovação do pensamento sociológico, bem como o impacto de suas reflexões no campo do direito. A história de Niklas Luhmann, sob a ótica de quebra de paradigmas, pode ser comparada com aquelas de cientistas da física e da matemática como Copérnico, Newton e Galileu; porém, com uma característica sua: tentou explicar a complexidade e contingência dos sistemas sociais com o objetivo de reduzi-la.

Diferentemente desses autores, seus estudos se concentram na ciência sociológica, e não nos conhecimentos naturais. Diante da sua contribuição naquele campo do saber humano, é necessário tecer algumas considerações a respeito do edifício teórico erguido por este pensador, para que se possa adentrar nas suas características principais e mostrar a proximidade entre sua teoria e os principais tópicos estudados pela ciência do direito.

Em seus escritos, Luhmann, mostra que a teoria está em constante desenvolvimento e, diferentemente do que escrevem ou dizem alguns filósofos do direito sobre sua obra, ele não construiu uma teoria acabada ou perfeita, mas apenas contribuiu para o aperfeiçoamento da observação do mundo. É necessário inserir a obra de Luhmann no contexto desta tradição para, em seguida, falar sobre a teoria dos sistemas sociais e discutir a relação entre direito e política no contexto de suas teses sociológicas.

2.1 LUHMAN E A TRADIÇÃO DO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO: ENTRE AS TEORIAS FATORIAIS E AS TEORIAS SISTÊMICAS

No desenvolvimento do pensamento sociológico, a sociologia de Niklas Luhmann ocupa um lugar de destaque, sobretudo, no que diz respeito à proposição de um novo tratamento às ciências sociais, diferente daquele proposto pelas teorias clássicas. O autor considerou que os primeiros modelos de compreensão da

realidade, nascidos do ambiente científico do século XIX, ensejaram não apenas o surgimento da sociologia, mas, sua opção por uma compreensão da realidade marcada pelo aspecto da causalidade.

O que define basicamente as primeiras teorias sociológicas é sua preocupação em se reportar aos princípios elementares capazes de elucidar as causas dos fenômenos sociais. A este respeito, Luhmann as classifica como teorias dos fatores ou teorias factoriais. No texto intitulado “Iluminismo Sociológico”, apresentado na aula inaugural da Faculdade de Ciência e Política da Universidade de Münster, em 1967, o pensador tece uma crítica a respeito das teorias factoriais, mostrando que estas não conseguem dar conta da complexidade da realidade social vigente, bem como da infinidade de sentidos que se pode depreender das relações sociais, sobretudo num mundo cada vez mais aberto e multifacetado, a este respeito, o teórico afirma que as teorias factoriais:

São tentativas de reconduzir a origem e as peculiaridades particulares das formações sociais a determinadas causas singulares, por exemplo, às necessidades económicas e aos modos de produção que as satisfazem, aos impulsos psicológicos como o impulso da competição ou o impulso de imitação, às diferenças de raças, às condições climáticas ou aos processos biológicos de seleção (LUHMANN, 2005, p. 29).

O que estas teorias fazem é relacionar a multiplicidade dos fenômenos sociais a determinadas causas. Aliás, a influência da filosofia se faz presente em tais modelos de compreensão da sociedade. A noção de causa primeira, bem como a proposição de um *telos* para onde a sociedade caminha num processo de aperfeiçoamento, guarda similaridade com os pressupostos filosóficos. Não obstante suas diferenças, as teorias clássicas da sociologia guardam esta similitude. Tanto no conceito de Fato Social em Émile Durkheim, quanto na noção de Modo de Produção em Karl Marx, passando pela definição de Ação Social em Max Weber; podemos notar os traços de uma teoria social preocupada em descobrir a causalidade intrínseca dos fenômenos sociais. Com relação à definição de Fato Social, Durkheim afirma que são “maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual estes fatos se impõem a ele” (DURKHEIM, 2007, p. 3).

Enquanto Marx define a sociedade a partir do modo de produção, mostrando que ele é a base sob a qual se forma a infraestrutura e que é refletida na superestrutura ideológica. Por outro lado, Weber define a sociologia como a ciência da Ação Social, afirmando que esta é uma ação que “quanto ao sentido visado pelo

agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso” (WEBER, 1991, p. 3).

De acordo com Luhmann, estas teorias incorrem no problema de simplificar a multiplicidade das relações sociais, assim como o caráter autorreferencial dos sistemas sociais.

As teorias fatoriais foram concedendo espaço às teorias sistêmicas. Estas, por sua vez:

Têm um potencial muito maior para a complexidade. Abrangem formações sociais de toda a espécie – famílias, empresas de produção, uniões associativas, Estados, economias de mercado, Igrejas, sociedades – como sistemas muito complexos de ação, que devem solucionar uma multiplicidade de problemas, se quiserem manter-se no seu meio ambiente (LUHMANN, 2005, p. 29-30).

Como veremos adiante, o autor entende que a comunicação é o que define a sociedade. Além disso, tal processo comunicativo se dá através de complexas tarefas, expectativas e interações que compõem o sistema dos sistemas, que é a sociedade. Neste sentido, as teorias sistêmicas:

Não descobrem causas latentes, mas funções e estruturas latentes. Também isto continua a ser uma crítica céptica da ação; ela desmascara as representações do agente não como um mundo de aparências rico em truques, como simples embelezamento de motivos não nobres, mas como seleção incompleta, como simplificação demasiado drástica e grosseira de uma realidade social muito mais complicada (LUHMANN, 2005, p. 31).

Por sua crítica da causalidade, as teorias sistêmicas apostam na complexidade das estruturas sociais pois elas demarcam os limites da ação e comunicação dos indivíduos, ao mesmo tempo em que abrem a possibilidade para a introdução de outros sentidos e interpretações que estão, elas mesmas, demarcadas pela estrutura sistêmica. Se o paradigma clássico da sociologia se debruçou na problemático indivíduo/sociedade, indagando a respeito do grau de incidência de um no outro, o modelo luhmanniano se debate a respeito da relação sistema/entorno. A este respeito, uma de suas grandes contribuições é justamente a elaboração de uma teoria dos sistemas sociais.

Sua teoria pode dar a ideia de que pretende reduzir a sociedade à sua estrutura e funções organizacionais, simplificando de forma demasiada a complexidade das relações sociais. Mas o que ocorre é justamente o inverso. Ela pretende ser universal, mas não no sentido essencialista, uma vez que sua

pretensão é construir uma teoria geral da sociedade, atentando para a sua complexidade.

A própria sociologia luhmanniana é complexa e abstrata, contendo muitos conceitos específicos que marcam o seu posicionamento nas ciências sociais. A complexidade não tem a ver com ininteligibilidade, mas corresponde àquilo que Mariotti chama de “multiplicidade, ao entrelaçamento e à contínua interação da infinidade de sistemas e fenômenos que compõem o mundo natural” (MARIOTTI, 2000, p. 35).

A teoria de Luhmann se inscreve na contemporaneidade, pois compreende a sociedade a partir de uma noção de complexidade que abarca a ideia de imprevisibilidade, caos, indeterminismo, incerteza, ou seja, sem reduzir os fenômenos sociais aos seus objetos, mas compreendendo-os do ponto de vista sistêmico. É necessário, pois, expor, ainda que de forma esquemática, sua visão a respeito da sociedade, tal como apresentada na teoria dos sistemas sociais.

2.2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS EM NIKLAS LUHMAN: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O elemento central da teoria de Luhmann é a comunicação, sem a qual não é possível compreender sua teoria. Então, se faz necessário começar esta exposição acerca da teoria dos sistemas sociais, a partir de sua análise sobre a comunicação. O autor entende que a comunicação envolve operações complexas, pois ela, se dá na inter-relação entre os indivíduos e o sistema social no qual estão inseridos. Como bem salienta Silva, para que haja conversa, é necessário a escolha de um assunto e este não esgota a multiplicidade dos temas que poderiam ser alvo da conversa. Ademais, esta escolha implica a seleção dos assuntos, os quais dizem respeito a algo conhecido e imaginado e que, portanto, encontra-se no limiar do conhecimento partilhado por todos os agentes sociais (SILVA, 2016, p. 43).

A escolha do assunto expõe unidade da conversa, porém, guardando a complexidade sistêmica. Isto por que tal escolha não elimina os outros assuntos que poderiam ter sido alvo desta relação dialogal, bem como as perspectivas que foram deixadas de lado para encaminhar a conversa em uma determinada direção. Cada

informação acrescentada à conversa implica novas seleções, escolhas cada vez mais deliberadas, a fim de encaminhar o debate para determinado centro discursivo e interpretativo.

A entrada de novos temas pode gerar consensos ou dissensos, mas que estarão sempre referenciados à conversa. É o que o sociólogo chama de recursividade da conversa. De acordo com Silva, uma conversa é recursiva porque “promovemos constantes referências ao seu tema, a cada nova informação partilhada” (SILVA, 2016, p. 46).

Sobretudo, isto quer dizer que produzimos autorreferência e heterorreferência, uma vez que a introdução de novos temas abre novas possibilidades para a conversa, sem que se abandone o tema. Cada nova informação reforça o tema, o qual aparecerá sempre como a referência fundamental do diálogo. A comunicação é, pois, *autopoiética*, conceito que será explicado mais adiante.

Os sistemas sociais não podem ser reduzidos às ações humanas, a partir de constituição de sua *psique*, mas envolvem a recursividade da comunicação, como podemos depreender desta passagem do seu livro *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*:

Sistemas sociais não são constituídos de ações, como se essas ações pudessem ser produzidas com base na constituição orgânico-psíquica do ser humano e pudessem existir por si próprias. Sistemas sociais são decompostos em ações e, com essa redução, adquirem fundamentos conectivos para o curso comunicativo seguinte (SILVA, 2016, p. 46).

Logo, a comunicação está no nível sistêmico, conformando a própria sociedade. Os indivíduos expressam não o que acham, de acordo com sua subjetividade, mas o que observam no sistema social. A este respeito, vale à pena reproduzir as palavras de Silva:

A comunicação é uma observação de uma observação (observação de segunda ordem), afinal quem partilha uma informação observa partilhas anteriores; quem compreende algo partilhado, observa o que foi partilhado como observação da informação partilhada. É que quem partilha uma informação não expressa a si mesmo (sistema psíquico), sua consciência, sua individualidade, sua idiosincrasia, seu *self*; partilha como observa algo (sistema social). O mesmo ocorre com quem compreende algo (SILVA, 2016, p. 47-48).

É verdade que há aqui um viés estruturalista na forma como o autor de a teoria dos sistemas sociais compreende a sociedade. Porém, esta estrutura não tem

um caráter ontológico, essencialista, como algo que predetermina o homem, mas se coloca como a referência sistêmica de onde os indivíduos podem partilhar e refazer suas experiências, conversas, discursos. É interessante notar que Luhmann não compreende a comunicação na acepção de que a mesma significa transmitir algo, uma informação a alguém.

Essa ideia de transmitir algo sugere “que o emissor transfere algo que o receptor recebe. Mas o emissor não se desfaz de algo, no sentido de perder algo” (LUHMANN, 2016, p. 163). Neste sentido, a comunicação é a base dos sistemas sociais, seu fundamento, “o processo *autopoietico* de sistemas sociais” (LUHMANN, 2016, p. 442). Nesta ótica, assevera Silva, “sociedade é multiplicidade de conversas conversadas ao longo de milênios, mesmo tempo em que é a infinidade das possíveis conversas futuras. Comunicação é a célula da sociedade” (SILVA, 2016, p. 50).

Da mesma forma que na comunicação não há a transferência de algo, a tese luhmanianna insiste que a percepção não é comunicável. Só a comunicação é comunicável (SILVA, 2016, p. 45). Neste sentido, a comunicação pode referir-se a algo, mas a única coisa que pode ser comunicada é a comunicação mesma. Ela possui o caráter autorreferencial, autopoietico. E em que consiste esta *autopoiesis*? Este conceito tem sua origem na biologia, tendo sido desenvolvido pelo pesquisador Humberto Maturana, juntamente com Francisco Varela. Ao definir os sistemas *autopoieticos*, Mariotti afirma o seguinte:

Esses sistemas são autopoieticos por definição, porque recompõem continuamente os seus componentes desgastados. Pode-se concluir, portanto, que um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto (MARIOTTI, 2000, p. 36).

Maturana e Varela associaram este termo ao estudo dos seres vivos, pois notaram que há uma (auto)reprodução de determinada espécie”. Os sistemas autopoieticos são, conforme as palavras de Mariotti, “produtor e produto”. Essa ideia foi incorporada à sociedade devido ao princípio de fechamento operativo que existe dentro dos sistemas que a compõem.

Neste sentido, a comunicação é o produto da própria comunicação que constantemente se autorreferência. É esta operação que torna possível a auto reprodução sistêmica, criando subsistemas que estão sempre referenciados ao sistema maior. Isto significa que as relações, as ideias e as compreensões que se

dão no âmbito da sociedade podem modificar-se, assumir outras configurações, trilhar caminhos diversos, porém conservando a circularidade sistêmica que é à base da sociedade, a saber, a comunicação.

No processo de comunicação, a informação é multiplicada. Ele aplica esse erro ao excesso de ontologia, ao supor que a informação propagada é a mesma adquirida. Um sistema pode ser ambiente de outro sistema, isso depende do ponto de referência com que se observa. Não faz sentido dizer que algo é ambiente por si só, e isso não faz do sistema mais importante do que o ambiente. Um não existe sem o outro, eles não são independentes.

Os sistemas sociais são aqueles constituídos por comunicação. Tudo que não é comunicação está no ambiente. Isto quer dizer que, o homem se encontra no ambiente do sistema social, fora da sociedade. Mesmo assim, para Luhmann não existe sociedade sem seres humanos, eles precisam existir e permanecer fora da sociedade. Se por alguma razão o homem não pudesse falar e só existisse esse modo de comunicação, nesse caso haveria homens sem sociedade.

Então, é provado, que sem comunicação não há sociedade. Porém, a teoria não exclui completamente o homem da sociedade. Luhmann aborda três tipos de sistemas sociais: as interações, as organizações e a sociedade¹. O primeiro deles e mais fácil é a interação. Para que ela aconteça é necessária a presença física de duas ou mais pessoas, que percebam a presença um do outro.

A duração é bem curta e isso dificulta a continuidade da interação. Ter a presença física como um pré-requisito não quer dizer que as pessoas participem da interação. Por mais estranho que possa se entender como o elemento principal (o homem) deste sistema, não faz parte do que é definido. Isso é possível por conta do fechamento operacional do sistema.

As pessoas são essenciais para a comunicação, contudo, a diferenciação acontece porque o sistema é independente, ele opera a sua maneira e isso ultrapassa a ação dos participantes nessa interação.

A sociedade constitui o terceiro sistema social e abrange todas as comunicações produzidas e inclui as organizações e interações. O sistema

¹ Apesar do autor concentrar seus estudos em três tipos de sistemas sociais, esta pesquisa tem como foco o sistema sociedade, na perspectiva das relações dos subsistemas sociais direito e política.

apresentado por Luhmman (2016) é autopoietico, ele mesmo produz e reproduz qualquer mínimo elemento que o constitui.

Por ser fechado operacionalmente, as comunicações são produzidas somente dentro do sistema e essas mesmas comunicações produzem outras. O conceito de acoplamento estrutural soluciona a dúvida de como é possível haver comunicação se o homem está fora da sociedade. Simplificando, o sistema e o homem estão vinculados, significa que o ambiente (nesse caso, o homem) pode alterar a direção da operação dentro no sistema sem uma invasão direta.

O homem está acoplado ao sistema, ele pode produzir uma série de irritações, algo que perturbe, altere o sistema ou o tire de seu estado inicial. No fim, o sistema vai produzir certas ações por conta dessa mudança direcionada pelo homem. O sistema não modifica suas operações internas, ele só irá absorver e gerar, obedecendo a sua lógica a esses direcionamentos.

Entre o sistema social e o homem ocorre um tipo especial de acoplamento estrutural: a interpenetração. Esses dois sistemas dependem um do outro. Interpenetração não quer dizer que exista uma invasão, mas sim que um pode acessar a multiplicidade do outro. Nesse caso, existe uma junção, mas um depende do outro, e o fechamento operacional continua.

O termo comunicação na Teoria dos Sistemas vai muito além do idioma e da escrita. A comunicação é o elemento central de todos os sistemas. Dessa forma, se destaca o sistema fechado dos meios de comunicação (ou de difusão) e entendem-se como estes “todas as instituições da sociedade que se serve de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação”. Incluem-se, portanto, livros, revistas, jornais impressos, ou produtos eletrônicos e gráficos que são reproduzidos em grande quantidade para o público.

Esses meios são formas de diminuir a complexidade da comunicação dentro dos sistemas, a partir da premissa de que ela não é um evento provável. A expressão improbabilidade da comunicação provém de sua formulação teórica. Essa formulação é feita porque, na teoria dos sistemas, é considerado que existem possibilidades de comunicação ser impedida: pode não haver compreensão, a mensagem pode não chegar ao interlocutor ou a comunicação pode não ser aceita por ele.

Os meios de comunicação atuam, assim como outros *medium* (meios), como formas de amenizar essas improbabilidades, no caso deles através do pré-estabelecimento de temáticas. Outro exemplo de *medium* seria a linguagem, que é responsável por facilitar a compreensão entre os indivíduos e, conseqüentemente, aumentar as chances de que a comunicação atinja o receptor.

Os indivíduos e os aparatos técnicos não possuem relevância para essa análise, já que fazem parte do ambiente do sistema, apesar de serem indispensáveis para o funcionamento desses. Os meios de comunicação fazem com que a presença física do interlocutor, no momento em que a comunicação se inicia, seja dispensável.

Isso ocorre porque, com a difusão em massa por meio dos aparatos tecnológicos, é quase impossível haver uma interação entre o emissor e o receptor. Portanto, excluem-se os aparelhos técnicos e inclui-se o princípio da recepção, em que um indivíduo vê, ouve, lê e interpreta uma mensagem e a partir disso gera outra comunicação.

O fechamento do sistema faz com que a comunicação tenha mais chances de ser efetivada, pois ela é interna e uma forma de reduzir a complexidade dentro dele - uma informação é escolhida e processada no próprio interior.

É por essa razão que "cada participante tem a oportunidade de extrair da oferta aquilo que lhe convém ou aquilo que em seu meio (por exemplo, como político ou como professor) acredita precisar saber". (LUHMANN, 2005, p. 156). Segundo Luhmann (2005, p. 158), "a função dos meios de comunicação consiste em orquestrar a auto-observação do sistema social".

Para ele, os meios de comunicação não buscam a integração social, mas sim possibilitar um possível observar dos observadores, dessa forma, sua função não consiste em aumentar o conhecimento, mas sim em tornar as coisas conhecidas.

Sua função consiste em disponibilizar para o público a sua observação de mundo para que esse público possa elaborar sua própria observação, por meio da "criação da realidade", que no caso dos meios de comunicação pode ser entendida como a produção de informação. Dessa forma, os meios possibilitam uma observação massiva de si mesmos e de sua observação, que pode ser compreendida como uma "realidade de fundo".

Sendo os meios de comunicação, produtores constantes de informações, eles acabam por veicular novas informações e descartar as velhas, nessa seleção de informação, necessita-se da memória para diferenciar entre a informação e a não-informação (a nova e a velha).

A função social dos meios de comunicação é ainda a criação de uma “memória sistêmica”. Essa memória disponibiliza uma “realidade de background” para todas as comunicações da sociedade e é através dessa memória que a realidade é construída.

A esfera pública seria como um lugar onde as comunicações públicas circulam, porém ela deve ser compreendida como um meio, que carrega essas comunicações. Os meios de comunicação não produzem a esfera pública, mas a reproduzem. Ela permeia toda a sociedade, desde suas interações a suas organizações.

Conforme Luhmman (2016) o mercado como ambiente interno (esfera pública) do sistema econômico e a opinião pública como esfera pública do sistema político. Existe, dentro das estruturas de poder, uma necessidade de justificar seus atos perante a esfera social, a fim de que possa haver a concordância dos membros da sociedade civil com as ações públicas (MAIA, 2000).

A teoria dos sistemas sociais também se propõe a fazer um estudo do Direito. Para tanto, há a necessidade premente de se fixar critérios de observação e aplicação do direito que sejam considerados válidos pela localidade em que tal exercício de poder está inserido, critérios esses que se destacam pela inexorabilidade, sem se poder questionar as suas bases de construção e seus pilares ontológicos (MAIA, 2000).

Caracterizada, enfim, está a dogmática jurídica como essa atual forma de organização jurídica e seus instrumentos de incidência – as normas jurídicas estatais – funcionando como um sistema de regulamentação de condutas.

E é essa nova forma de se explicar o fenômeno jurídico que traremos a lume no presente trabalho, buscando determinar como a teoria da autorreferência dos subsistemas sociais, e especialmente do direito, pode determinar o conteúdo da aplicação normativa na sociedade e quais os reflexos dessa teoria na prática judicial brasileira (MAIA, 2000).

O mecanismo de autorreferência está, no dizer de Luhmann, em todos os subsistemas jurídicos da modernidade, como uma forma de se estabelecer quais são os fundamentos da decisão tomada pelos órgãos de poder. Veremos do que se trata e qual a relação direta de tal teoria com a realidade jurídica, em especial com o âmbito de investigação empírica por nós adotado.

O conceito de alopoiese jurídica é que ele é configurado como procedimento extradogmático. Com relação à ideia de cidadania, está cada vez maior a influência de fatores externos ao sistema processual nos casos concretos, e isso é importante, pois favorece favorecem a manutenção do status quo da prestação jurisdicional em desempenho da influência de subsistemas não-jurídicos no ato necessário da decisão (MAIA, 2000).

Nesse caso, o acesso à justiça, entendido como o direito a uma prestação jurisdicional coerente com o que foi produzido nos autos, torna-se prejudicado em função dos próprios pilares do direito dogmático, como a inegabilidade dos pontos de partida, que cada vez mais não se realiza em países subdesenvolvidos, gerando uma série de inconsistências, às vezes e quase sempre intencionais, no qual caracterizam o Poder Judiciário brasileiro (MAIA, 2000).

A perspectiva reflexiva aplicada à decisão jurídica oferece leituras distintas daquelas fornecidas pela hermenêutica jurídica e pela teoria da argumentação jurídica, o que amplia a compreensão da decisão jurídica (SILVA, 2016).

Contudo, expectativas cognitivas e normativas não dão conta de todas as possibilidades de correções perante a vida em seu modo mais comum, afinal todo sistema parcial da sociedade abriga casos e níveis de negligência em relação às reverberações sociais das reações diante de decepções nas expectativas.

Em direito, lembramos o debate sobre desobediência civil e direito de resistência como comportamentos que não são ilícitos, tão pouco é um não direito. Nesse contexto, busca-se mostrar como o Poder Judiciário, em função das diferenças de enfoques, vive em uma encruzilhada entre o ditame da lei e as práticas processuais do dia-a-dia, refletindo estas numa heterorreferência (*autopoiesis*) do direito. Diante de tudo isso, é necessário mencionar por último, o conceito de decisão jurídica, tal como o sociólogo alemão o compreende. A este respeito Ferreira expõe que a:

Decisão seria, assim, uma escolha entre várias opções existentes. Contudo, tal conceito em nada acrescenta à definição de decisão, o que levou Niklas Luhmann a reconhecer nessa correlação verdadeira tautologia. Para escapar dessa inocuidade, equiparou a escolha com a ação de alguém. Alguém que age e que tem vontade. Porém, não se satisfaz Luhmann com a possível existência de relação entre a vontade e a ação, porquanto a vontade não era outra coisa senão a ação mesma (FERREIRA, 2015, p. 220).

Essa discussão a respeito do paradoxo da decisão judicial é muito interessante, pois ela suscita questões controversas que estão relacionadas às posturas políticas ou ideológicas de quem prolata determinada decisão. Isto se reveste de capital importância neste momento da discussão, pois traz à tona a problemática que se dispôs a enfrentar, a saber, o grau de judicialização ou politização das decisões judiciais.

De acordo com Ferreira, Luhmann dissocia a decisão e o processo que a efetiva da noção de ação, propondo outra categoria, a da observação, mais precisamente, do observador:

Principia Luhmann, entretanto, a sua reflexão sobre o paradoxo decisório com a compreensão que se deve ter da decisão. Propõe substituir o clássico conceito de ação, que sempre norteou a decisão e o processo que a concretiza, pelo de observação, e sobretudo, pelo de observador. A observação sempre se encontra presente no ato de definir um lado (e não o outro lado) em uma decisão. Além disso, apresentaria a vantagem de como se chega a esta ou a outra decisão, a esta ou a outra alternativa, e afastaria da análise problemas sobre quem age e com que liberdade age, suscitando questões éticas e morais difíceis de resolver (LUHMANN, 2016).

O conceito de observação está mais próximo da noção de *autopoiesis* da comunicação, operando no sentido de afastar novamente a proposição da causalidade, recurso utilizado pelas teorias clássicas. Os tipos puros de ação social, tal como proposto por Max Weber expõem, por exemplo, esta relação problemática entre decisão e causalidade da ação. Para Weber a ação social, como toda ação, pode ser determinada:

1) *de modo racional, referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo, especialmente emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional: por costume arraigado*. (Grifos do autor) (WEBER, 2000, p. 15).

Nem sempre é possível determinar qual o sentido da ação, ou o que a tornou possível como causalidade única. É possível que determinada ação seja movida, não apenas pela racionalidade, mas, carregue consigo imperativos morais ou esteja embasada por princípios e normas tradicionais, etc. Isto faz com que a noção de causalidade turve a compreensão da decisão judicial, quando esta é relacionada à ação. Do ponto de vista da teoria sistêmica, faz mais sentido falar em observação, pois ela se dirige para um determinado lado em detrimento do outro e ainda possibilita o questionamento a respeito de como é possível chegar a esta ou aquela decisão.

Portanto, nesta perspectiva, “decisão é observação, observação ocorre através de distinções, que se designam como alternativas. Essas alternativas são específicas formas de distinção” (FERREIRA, 2015, p. 223). Ela não resulta de um ato arbitrário ou voluntarioso da autoridade judiciária, a partir de preferências pessoais. Ela se “consubstancia mediante a operação de observação de primeira ordem do sistema jurídico” (FERREIRA, 2015, p. 224).

As distinções são possíveis porque a decisão precisa se decidir entre alternativas. Essa é “a que faz de uma observação à decisão e particulares espécies de distinções em que cada um dos lados pode ser indicado. E só a alternativa faz da decisão uma decisão” (FERREIRA, 2015, p. 224). E o mais importante é que “cada observação construiria aquilo que é observado e o que não é observado, daí repousando o mais fundamental paradoxo da decisão. Aquilo que não é observado seria o ponto cego do observado”.

O que existe não são decisões absolutamente corretas, mas soluções satisfatórias para o problema da decisão judicial. Neste sentido, ela deve conviver com o paradoxo, pois cada decisão contém o seu contrário e o direito mesmo, enquanto sistema, que define o que é lícito e o seu contrário, o ilícito. Neste âmbito, cabe aos tribunais, verificar a consistência das decisões judiciais, onde, o direito, enquanto sistema jurídico, já foi observado e levado em consideração.

Assim como pela memória reproduzimos informações, o ato prolator da decisão judicial também se acerca da memória, a fim de tomar o sistema como referência. Mas como bem salienta Silva, “reproduzir, na Teoria dos Sistemas, é alterar, mudar o sentido anterior e, não, repetir igualmente” (SILVA, 2016, p. 57-58). Porém, aqui ainda reside o problema de como é possível chegar à determinada

decisão observando alguns dados, mas sem perceber outros aspectos que poderiam igualmente ser levados em consideração no momento da tomada de decisão. E aqui é necessário entrar em outro aspecto da teoria luhmanniana, que é o problema da relação entre direito e política.

2.3 DIREITO E POLÍTICA NA TEORIA DOS SISTEMAS

No texto *A constituição como aquisição evolutiva*, Luhmann deixa nítido a preocupação de analisar a construção moderna das Constituições sob dois enfoques: (i) de um planejamento intencional ou de uma (ii) evolução, ou seja, elas são resultado de modificações intencionais ou ocasionais?

Nessa acepção é que o mesmo indaga: se as constituições adotadas pelos Estados modernos são resultado de um objetivo premeditado, como se poderia falar em evolução? Já que tal desenvolvimento que se dá de forma ocasional, não planejado?

O autor afirma que “os juristas, conquanto tendam a considerar as Constituições mais como objeto de uma construção planejada, encontram-se hoje dispostos a admitir que essa construção não pode ser um processo único, que tenha acontecido de uma só vez, mas que, ao contrário, deve ser posteriormente replanejado através da interpretação e eventualmente através de mutação constitucionais” (LUHMMAN, 1996, p. 1).

Fica claro que planejamento ou evolução são duas alternativas que são eleitas a partir da real novidade trazida pelo projeto que pretende modificar a forma jurídica de uma Constituição.

Dito isto, o autor, ao realizar um apanhado histórico do surgimento das Constituições modernas, nascidas apenas no século XVIII, destaca o evento da Revolução Francesa, de onde surgiu a expressão: Constituição.

Afirma, em uma análise mais apurada, que bem antes da guinada revolucionária deste século, outros textos jurídicos já haviam tido uma função similar à de uma Constituição, o que faria desaparecer, então, a impressão de novidade deste documento. O nascimento de tal conceito teria, portanto, um escopo social e

político, que justificaria tal mutação revolucionária e uso linguístico inovador de uma compreensão que era já há muito tempo tradicional.

Outro exemplo que o autor traz e que descreve situações jurídicas à época já existentes e não introduz nada de novo, é o *Bill of Rights*², afirmando que a fundamentalização dos direitos individuais começou na Inglaterra no século XVII, e seguiu-se somente à sua constitucionalização com a utilização desse novo termo linguístico.

A partir desses exemplos ele afirma ser inútil insistir na busca da inovação do conteúdo gravado na regulamentação constitucional. Ainda em relação às inovações linguísticas trazidas pela Revolução Americana e Francesa, afirma que as tradições jurídicas e política se confundem:

Ao se falar em *constitution*, pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica de ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico. (Grifos do autor) (LUHMMAN, 1996, p. 3).

A partir disto, Luhmann pretende aprofundar na seguinte questão: quais transformações sociais produziram uma nova necessidade de sentido e resultaram capazes de esclarecer as razões e os modos através dos quais modificaram-se as ideias correntes de *constitution*, de *fundamental law*, etc.?

O autor expressa nitidamente que sua tese é a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece a primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, a total separação de ambos os sistemas de funções e a consequente necessidade de religação entre eles (LUHMMAN, 1996, p. 4).

Feitas tais considerações, Luhmann parte para a análise da função da Constituição para o sistema jurídico com base na teoria dos sistemas. O autor esclarece que o direito, como resultado de uma longa evolução sociocultural, se diferencia na forma de um sistema autorreferencial fechado. O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em

² O Bill of Rights é o primitivo documento oficial que avaliza a coletividade, por meio de representantes, na elaboração e exigência de Impostos, sob pena de ilegalidade e proíbe, ainda, a criação de impostos demasiados, nem tampouco penalidades cruéis e insólitas.

direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito/não direito do sistema.

Nessa lógica, o sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito (essa é a operação interna do sistema jurídico). A referência a esse código é que atribui ao sistema sua estrutura de comunicação.

Da perspectiva do sistema jurídico a positivação do direito expressa uma linguagem dotada de autodeterminação operativa, não se trata de critério de fundação de sua validade, muito menos de um ato de arbítrio político.

Dito de outro modo, se o objetivo é conhecer o direito vigente, é o direito e não a política que é de se observar. No entanto, a positividade do direito implica o um duplo problema lógico da circularidade operativa e da inadequação de toda autodescrição do sistema jurídico.

Assim como no passado, o sistema jurídico continua a exigir uma instância superregulativa, que é cada vez mais definida, por exemplo, como Política, como Estado, como Povo. Na positivação global do direito expressa-se efetivamente, no entanto, a independência e a autodeterminação do sistema.

Social systems, consists of three different types of system: interactions, organizations and Society. All three use communications as their medium of existence, but for Society the only communications that are acknowledged as meaningful are those recognized by society's subsystems of politics, law, science, religion, education, art and so on. Put the other way round, Society, for LUHMANN, consists of (and only of) everything that is recognized as a communication by one or more of its subsystems: ' It is the encompassing social system which includes all communications, reproduces all communications and constitutes meaningful horizons for further communications (LUHMANN, 2001, p. 7).

A positividade é a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo. A Constituição, criada pela revolução na positividade, cumpre o papel de lei que funda todo o direito, até mesmo a legislação e o governo. A Constituição, é assim, a forma mediante a qual o sistema jurídico reage a sua própria autonomia.

Em outros termos, a Constituição substitui o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional e o direito racional centrado em uma teoria transcendental. No lugar dessas visões, se apresenta um texto parcialmente autológico, ou seja, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela promove seu reingresso no sistema, reconhecendo a si própria.

Luhmman afirma que a validade da Constituição não pode e não deve mais ser fundada *ab extra*. Para ele, o problema da origem ou do fundamento de validade do direito tem pouco sentido. O abandono desse enfoque possibilitaria a análise mais acurada de quais requisitos um texto parcialmente autológico deve cumprir em um sistema autorreferencial operativamente fechado.

O direito é, portanto, a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito. A Constituição rompe com o regresso infinito da questão da fundação – ao menos no que se refere ao próprio sistema jurídico.

A Constituição transforma a ideia já possível segundo a qual todo direito poderia ser acorde com o direito (válido) ou não acorde com o direito (inválido), na ideia de que todo direito corresponde a – ou contrasta com – a Constituição.

A Carta Política é um texto redigido por escrito com todas as inovações adicionais decorrentes de sua elaboração, em suma, o código direito/não direito gera o status excepcional da Constituição pode ter sido, ele próprio, legitimado e ao mesmo tempo tutelado pelas revisões inspiradas na política cotidiana

O autor afirma que a Constituição oferece a um só tempo a possibilidade de normatizar a influência política sobre o direito como prática contínua de negação das iniciativas legislativas e de limitá-la a essa forma, assim o direito torna-se, de modo permanente, assimétrico através da referência à política, mas tudo isso acontece através de um texto político.

A própria Constituição deve interromper o círculo de auto-referenciabilidade, deve traduzir a simetria na assimetria. E alcançar esse resultado ao regular a produção do direito, inclusive a revisão da própria Constituição. Com o que ela constitui uma hierarquia de fontes jurídicas (tornadas possíveis no interior do sistema jurídico). Distingue, por exemplo, o direito constitucional (a si própria) do outro direito. Disciplina e delimita as possibilidades de delegação. No mesmo ato (embora com outras disposições) ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece, no mínimo, os pontos de apoio. A Constituição indica, por exemplo, os valores em relação aos quais o direito é funcional. Essa indicação é também introduzida de uma forma assimétrica logicamente infundável. Em primeiro lugar vale o valor, assim pelo menos parece, e depois os instrumentos de sua realização. (Grifos do Autor) (LUHMMAN, 1996, p. 13).

A teoria dos sistemas autopoieticos proporciona uma nova roupagem das referências políticas tradicionais ligadas a fundação da Constituição, como por exemplo, a teoria do “poder constituinte”, através daquela é possível viabilizar uma análise das pré-condições autopoieticas e referencial do sistema direito. Por outro

lado, a outra entende que o direito é a expressão das somas de poder de um povo posto em um documento solene por meio de representante eleitos. Por isso, permite-se dizer que não se pode simplesmente menosprezar a Constituição ou os equivalentes funcionais.

Portanto, deve-se distinguir: a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e político que se coloca “ortogonalmente” em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoietico de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente invariável em suas formas) de diferenciação (LUHMMAN, 1996, p. 16).

Resta claro que, para a teoria luhmaniana, a Constituição constitui e ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política³. Pois bem, após explanar sobre a função da Constituição para o sistema jurídico, Luhmman passa a tecer considerações em relação a função da Constituição no sistema político.

O Autor afirma que na consciência europeia as Constituições, valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas, também e, sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecerem sistemas diferentes.

- (i) Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não direito, e por outro, o código poder/não poder;
- (ii) Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso;
- (iii) São reciprocamente competente, mas cada um em um sentido diferente;
- (iv) As suas respectivas auto reproduções (autopoiesis) são assim realizadas em redes, em tudo muito diferentes (LUHMMAN, 1996, p. 16).

Daí surge à indagação: Se, no entanto, como na *autopoiesis*, também as estruturas que lhes servem para reunir operações em operações são diversas entre

³ Sobre essa relação entre direito e política pode ser aprofundado com a leitura da seguinte obra: “NIKLAS LUHMANN’S: THEORY OF POLITICS AND LAW”, tradução para o inglês de Michael King and Chris Thornhill.

si, como é possível conceber a Constituição como uma instituição de ambos os sistemas (político e jurídico)? Antes de responder essa questão o autor entende ser necessário esclarecer a função da Constituição no sistema político que, como veremos, é análoga à desenvolvida no sistema jurídico.

Na contemporaneidade, a necessidade de uma Constituição se distância da ideia de soberania (como era para a teoria política clássica), na visão do autor, a solução para o problema da soberania não pode ser encontrada na Constituição, pois ela se coloca no interior do sistema político.

O sistema político pode exercer o poder tanto de modo conforme ao direito quanto de modo desconforme com o direito e, se isso já é de se temer de uma pessoa soberana (ainda que dele não se espere isso), torna-se muito mais, excessivamente, agudo com a passagem para a soberania popular, e é, somente após tal recrudescimento, com a ausência da figura de um rei, que se busca proteção em uma Constituição.

A Constituição tem validade por efeito de um re-entry da forma na forma e com isso graças à distinção entre sistema e ambiente no sistema. A Constituição, quer sob seu aspecto jurídico, quer sob o político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a autoreferenciabilidade da heteroreferenciabilidade nas operações internas do sistema.

A partir do momento em que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse impregna portanto o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político deve se servir do sistema jurídico mediante heteroreferenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional (LUHMANN, 1996, p. 16).

A esse modo, o conceito de Estado assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica, segundo o sistema a partir do qual se considera (político ou jurídico). Analogicamente, a imensa amplitude do âmbito de aplicação que o poder político alcança com a dúplici codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela nítida diferenciação dos sistemas.

Além disso, esclarecidas as funções da Constituição para o sistema jurídico e sistema político, Luhmann passa a explanar sobre a teoria do acoplamento estrutural, que, na opinião dos discentes é o âmago do seu texto.

Para o autor, nenhum sistema pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente auto referenciais, nem mesmo quando é dotado de capacidade de auto-organização e de auto-observação. A denominação de algo como algo (de si como si) pressupõe, com efeito, a possibilidade de se distingui-lo de tudo o mais.

A teoria do acoplamento estrutural ajuda a distinguir, dentro do ambiente, os rumores ambientais que encorajam os sistemas a se adaptarem, mediante auto-organização interna, recepcionando determinados ruídos e eliminando outros.

Frente a esse pano de fundo teórico, surge com clareza o incremento de complexidade alcançado com a separação e a conexão entre sistema político e sistema jurídico. Dito por uma fórmula sintética, a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da autorreferência do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico. Quando comenta essa inovação trazida pelo projeto de Constituição do século XVI o autor afirma que:

Independentemente da situação que a inspira, por exemplo, a necessidade de dar às colônias que se tornaram independentes a forma de uma unidade, ou a possibilidade de uma revolução ainda em curso de servir para reformar a soberania, de todo modo que se interprete a gama das terminologias conhecidas e herdadas: a inovação estrutural é condicionada pela manifestação dos problemas de autoreferenciabilidade aqui delineados e pela necessidade de desenvolvimento dos mesmos, de sua resolução mediante diferenciações, pelas suas assimetrias. Nesse mesmo momento, revela-se a necessidade de se desativar os paradoxos e de se reconquistar assim a possibilidade, de outro modo obstada, de se observar o sistema – o paradoxo da limitação da soberania ilimitada ou o paradoxo mediante o qual o código direito/não direito generalizado na forma constitucional/inconstitucional deve ter a sua auto aplicação bloqueada e assim pressupõe uma instância extrajurídica subtraída ao esquema e que agora se apresenta nas vestes de um povo politicamente unido. A política individua as formas capazes de levá-la em conta referindo restritivamente ela mesma ao Estado e concebendo esse Estado como Estado Constitucional. Em contraste com o antigo conceito europeu de *societas civilis* diz-se agora: sem Estado (constituído) não há política. O direito individua as formas capazes de levá-lo em conta reduzindo a si próprio, mediante a lei constitucional, a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo. Esse projeto global é reiterado e implementado nos planos de segundo grau. A política, se se guia pelo sucesso de sua ação, não pode renunciar ao arsenal do direito que deve funcionar juridicamente e de cujo código binário não lhe permitido se afastar ou desviar. O direito, mediante uma legislatura politicamente influenciável, adequa-se às contínuas pressões exercidas pela política e conquista, com isso, a possibilidade de reenviar para o caminho (iter) político muitos impulsos para a sua modificação (LUHMMAN, 1996, p. 24).

O autor afirma que isso só funciona quando se abandona a hierarquia entre os sistemas, concebendo-os como parciais e apenas acoplados limitadamente. O

sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera o sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações.

Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito/não-direito, lícito/ilícito, se apresente.

Luhmman, exemplifica a relação entre os sistemas jurídico e político da seguinte maneira:

A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrecrocaram, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente (LUHMMAN, 1996, p. 25).

O acoplamento estrutural é uma forma particular de diferenciação entre os sistemas. Do lado interno do sistema, facilita-se a influência recíproca "legalizada" pela Constituição. Do lado externo, essa influência é excluída na medida do possível, ou ao menos tornada ilegal.

Política e administração do direito só são obrigadas a se reportarem reciprocamente, "no modo segundo à Constituição" e não de outros. Através dos acoplamentos estruturais é possível que ocorram possíveis perturbações recíprocas entre sistema e ambiente, criando um plano propício para a aprendizagem.

A permanente exposição aos impulsos políticos no sentido de novas leis pode ser elaborada pelo sistema jurídico na forma própria da legislação, que, obviamente, não tolera tudo que seria desejável no plano político; e vice-versa, a política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas (a declaração de inconstitucionalidade de uma lei politicamente importante, os novos problemas de responsabilidade, a descoberta de tentativas de reviravolta (aggrimento) da lei, apenas para indicar algumas hipóteses dessa forma) uma vez que a localização da decisão no sistema jurídico torna difícil atribuir ao governo ou à oposição a responsabilidade política dos incidentes. Em suma, no contexto dos acoplamentos estruturais os distúrbios são algo "familiar." Ou melhor, apresentam-se como "problemas" para os quais já se encontram disponíveis soluções rapidamente utilizáveis mais ou menos fáceis, mais ou menos plausíveis (LUHMMAN, 1996, p. 27).

Niklas Luhmman defende que os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. Para ele como em todo sistema autopoiético, ocorrem desenvolvimentos circulares nos quais tudo o que se forma contribui para a produção de efeitos. Os acoplamentos se vinculam às situações que evoluem no decorrer das inovações advindas através dos séculos nas sociedades, de modo intencional ou não.

Quando fala nas tendências evolutivas, realiza algumas críticas, principalmente com relação àqueles países que se constituíram nos séculos XIX e XX, em situação de desenvolvimento deficitário e que imitaram os modelos europeus como se isso fosse de per se uma garantia de sucesso. A este respeito, Luhmman afirma que *“only when they are seen as having significance for one or more of society’s subsystems does this occur”* (LUHMMAN, 1996, p. 07).

Ao citar o Brasil, afirma que no país essas evoluções também contribuem com a exclusão dos estratos mais baixos do âmbito de relevância político-estatal, mediante a corrupção, inflação, ou até mesmo por meio de atividades estatais inacessíveis a estas camadas socialmente excluídas, sugerindo como estratégia, colocar ordem na própria casa, antes de importar inovações/evoluções estrangeiras.

Ao concluir sua exposição, Luhmman (1996), retoma a questão da interpretação dos textos Constitucionais, retornando ao sistema jurídico. O autor defende que a atividade de interpretação da Constituição a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete e desde que surgiram as modernas Constituições esse problema emergiu com rispidez.

Utilizando-se como exemplo a Constituição americana, afirma que esta prestou a devida atenção aos elementos textuais para delimitar as margens interpretativas, do que fez surgir a doutrina do original intent, uma solução autorreferencial ao problema, pois, é através da interpretação que o texto se torna compreensível e aplicável; ela que estabelece um esquema de como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido.

O componente autorreferencial emerge na medida em que também a interpretação busca criar vínculos normativos - e não se limita a simplesmente falar do texto. Sob esse aspecto, o constitucionalista encontra-se na mesma situação do linguista que fala sobre a linguagem e que por isso mesmo reconhece o seu comportamento no seu próprio objeto (LUHMMAN, 1996, p. 36).

A inequívoca e inconfundível separação entre os sistemas jurídicos e político, aqui tratada, se reflete na problemática da interpretação da Constituição, já que essas interpretações perturbam ambos os lados a um só tempo, mas com pressupostos e condições de efetuar as conjunções absolutamente diversas.

As exigências de um fundamento moral das interpretações constitucionais aparecem como uma “terceira via”, como única saída da circularidade do sistema jurídico e político. Não obstante, é fácil reconhecer que através dos valores fundamentais e postulados morais as margens de interpretação são

dilatadas e a estrutura, pela qual todo o ordenamento jurídico deve ser controlado com critério direito/não-direito, é gravada por notáveis incertezas. Também nesse caso, há dois sistemas estruturalmente acoplados e que por isso tendem reciprocamente a entrar em atrito. Para não aparecer como política, a interpretação da Constituição torna incerto o ordenamento jurídico (LUHMMAN, 1996, p. 36).

Estas correlações, em que o direito e a política aparecem como dois sistemas estruturalmente acoplados e que, por isso mesmo, colidem com certa frequência, permite indagar quais os efeitos destes atritos recíprocos e qual a perspectiva que se abre para ambos os sistemas, no momento em que ocorrem estas intersecções. Para compreendermos melhor estas questões fazem-se necessário falar acerca da dogmática a respeito da presunção de inocência.

3 A DOGMÁTICA EM TORNO DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Neste capítulo, serão apresentados os princípios jurídicos referentes à presunção de inocência. Este itinerário é necessário para que se possa dar mais consistência à análise dos julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre esta questão, apresentando respostas diferentes em momentos distintos.

A ênfase no trânsito em julgado, tal como aparece no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, reforçou para grande parte da doutrina jurídica o caráter garantista da Constituição Federal de 1988. A referência ao garantismo constitucional segue aqui a interpretação proposta por Ferrajoli.

De acordo com esse autor, qualquer discussão a respeito da proteção das garantias individuais e dos direitos fundamentais, em geral, decorre de um processo histórico, que se intensifica em momentos de crise como após a segunda guerra mundial, em que a questão da dignidade humana esteve tão candente.

De acordo com Ferrajoli, foi a partir deste contexto que surgiu a ideia de “constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária” (FERRAJOLI, 2015, p. 12). Segundo o autor, o novo paradigma, assentado nas constituições rígidas, não se baseia apenas na proposta de submeter as leis à Constituição, mas também produziu uma dimensão substancial, submetendo também a política a “princípios e direitos estipulados nas constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico” (FERRAJOLI, 2015, p. 61).

Desta forma, o sistema democrático passa a buscar sua validade nas leis e a constituição deixa de ser apenas uma carta política para ser um instrumento de garantia de princípios e direitos. Isso é o que Ferrajoli chama de “garantismo constitucional” (FERRAJOLI, 2015, p. 61).

Nessa perspectiva, a principal característica do garantismo constitucional é a presença de uma constituição rígida. Para isto, é preciso criar um sistema político-jurídico que limite qualquer poder, a fim de garantir os direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli, o garantismo constitucional engendra a figura do não-decidível, o que significa a proteção dos direitos, mesmo que estes sejam contestados por

maiorias políticas. Porém é isto que confere maior proteção e efetividade das garantias constitucionais (FERRAJOLI, 2015, p. 67).

Os fundamentos que balizam o princípio da presunção de inocência vão muito além do texto constitucional, pois eles constam de alguns documentos internacionais que tratam da temática dos direitos humanos, além de serem aprofundados por grande parte da doutrina jurídica e da própria jurisprudência do STF.

A mudança no entendimento que levou a mais alta corte brasileira a permitir o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, provocou reações as mais diversas, desde a aprovação à enfática repulsa de diversos setores do mundo jurídico. Daí a necessidade de passar em revista a dogmática em torno desta questão, a fim de explicitar as nuances que perpassam as decisões prolatadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

3.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NORMATIVA INTERNACIONAL

Os princípios jurídicos são categorias fundamentais para a ciência do direito, instrumentos essenciais que direcionam as tomadas de decisões jurídicas e garantem ao cidadão a limitabilidade da interferência estatal em sua vida privada. Do ponto de vista geral, o conceito de princípio está relacionado a ideia de fundamento, início, ponto de partida, base sob a qual se fundam determinadas realidades.

No entanto, neste trabalho investigativo, atem-se ao conceito jurídico de princípio. Está claro que nosso interesse é investigar qual o sentido proposto pela doutrina jurídica, a fim de atestar ou não a importância da presunção de inocência. A respeito do conceito de princípio, Dantas assim expressa seu entendimento:

Para nós, princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade (DANTAS, 1995, p. 59).

Podemos notar que o eminente professor confere um *status* de universalidade aos princípios, sem descurar do fato de que refletem as estruturas do Estado, seus valores, sua superestrutura ideológica, como diria Marx.

O que marca o princípio jurídico, no dizer de Lopes, é:

A sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comandos operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. O princípio projeta sua relevância sobre a existência de outros seres, por isso seu caráter transcendental, superior e vinculante (LOPES, 1997, p. 31).

Ainda a respeito do conceito de princípio jurídico, o professor Bandeira de Melo afirma que este é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido (MELLO, 1994, p. 450).

A força do princípio está na capacidade de concatenar os diversos sentidos decorrentes da interpretação do texto legal, impondo-se como referência fundante, sob a qual não se pode descurar. Seu caráter de universalidade propicia uma maior unidade e respeitabilidade às decisões judiciais, principalmente quando estas dizem respeito às garantias fundamentais do cidadão.

O princípio da presunção de inocência, por exemplo, se insere neste contexto. Todavia, a mudança no entendimento do STF em relação à imediata aplicação da pena nos casos de condenação em segunda instância, vem provocando uma série de questões, ocasionadas principalmente pela colisão dos princípios. No caso específico, envolvendo o julgamento do HC do ex-presidente Lula (sob o qual falaremos no próximo capítulo), a decisão dos Ministros da corte foi proferida não sem uma tensão ocorrida em virtude do embate de determinados princípios.

Neste caso específico, o que deve prevalecer, o princípio da supremacia da constituição ou o princípio da colegialidade? Nesse sentido, tais princípios são aplicados por regra de ponderação a fim de preencher as lacunas legais. Por isso, têm caráter de complementariedade normativa, ganhando destaque no cenário jurídico nacional.

O princípio da não culpa reflete a garantia do réu contra o *jus puniendi* estatal. Sua construção histórica remonta ao direito Romano, só foi positivado no Brasil em 1988, com a Carta Política. Tal fato merece reflexão, pois, requer uma análise sobre um princípio constitucional penal de altíssima relevância. Isso se deve ao fato de que dependendo do seu alcance, colocará em risco um dos mais importantes bens jurídicos individuais, liberdade de locomoção.

Desde o direito Romano, o Estado busca um mecanismo de ajustamento dos atos do cidadão ao interesse estatal. Em diferentes períodos históricos previa-se tal princípio nas mais variadas formas de regulação da vida dos cidadãos no sentido de protegê-los das arbitrariedades do Estado. A este respeito, Tourinho Filho considera a possibilidade da prisão após segunda instância apenas como medida cautelar:

Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória. Do contrário, não (TOURINHO FILHO, 2013, p. 92).

Podemos notar a preocupação do eminente doutrinador com a proteção do indivíduo ante o arbítrio do poder estatal. A modernidade consagrou a importância da subjetividade, concedendo ao indivíduo prerrogativas fundamentais. Daí a necessidade de reafirmar sua autonomia diante das forças advindas do Estado, o qual possui mecanismos institucionais capazes de aprisionar os indivíduos, diminuindo sua esfera de atuação. O benefício do princípio da presunção de inocência recai, pois, sobre o indivíduo, garantindo seus direitos mais elementares.

No tocante à aplicação do princípio da presunção de inocência, a carência de previsão expressa durante parte do desenvolvimento histórico brasileiro é caracterizada por Lima da seguinte maneira:

Durante o Brasil-colônia, que se estende dos anos 1500 até 1822, foram as Ordenações do Reino de Portugal as responsáveis pela normatização jurídica aplicada em solo brasileiro... Ordenações Afonsinas. Eram formadas, assim, por cinco livros, divididos em títulos, com rubricas indicativas do...O Livro V trata dos delitos, das penas e do processo penal... a devassa, espécie de procedimento judicial previsto nas Ordenações Filipinas, compilação das leis que regulavam o sistema jurídico português (LIMA, 2016, p. 34).

Diante disso, fica claro que as ordenações do reino de Portugal previam em seu texto normatizações que regulamentavam os delitos, mas ainda não mencionava o princípio da presunção de inocência em seus relatos.

A análise da construção histórica de tal norma no âmbito da Suprema Corte Brasileira é relevante, pois o Art. 5º, LVII c/c o artigo 283 do código de Processo Penal é claro ao mencionar não ser possível o cumprimento antecipado de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sendo assim, boa parte dos doutrinadores, como as decisões jurídicas tomadas pelos juízes, conferem

o *status* de “não culpado” aquele que se encontra na condição de acusado e que não teve uma decisão em última instância de julgamento.

Nos últimos anos, os tribunais brasileiros vêm construindo uma jurisprudência a respeito desta questão, no sentido de modificar o entendimento inicial proposto pela Constituição de 88. Papel relevante neste processo tem sido conferido à suprema corte, pois os Ministros do STF têm rediscutido esta questão e formado jurisprudência a favor da prisão antes do trânsito em julgado.

Nesse ponto de vista, fica claro que a abrangência do princípio da presunção de inocência é construída através da jurisprudência da Suprema Corte e por meio desta, tal norma construirá sua carga normativa, a partir de precedentes desta Instituição, embora estes precedentes possam ser alterados no decorrer dos anos, conforme atesta o ministro Gilmar Mendes ao comentar a possibilidade da execução provisória da pena:

A presunção constitucional de não culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, qual o especial e o extraordinário (MENDES, 2015, p. 539).

Em alguns julgados, que vamos analisar mais adiante, o Supremo Tribunal Federal relativizou este princípio a partir da ponderação e sopesamento com outros princípios, considerados pelos Ministros, de maior importância como, por exemplo, o combate à impunidade e à corrupção.

A este respeito, vale à pena recordar a discussão propostas por Humberto Ávila a respeito da definição e aplicação dos princípios jurídicos. Segundo o autor as teorias contemporâneas, sobretudo as teses de Dworkin e Alexy, cometem um equívoco ao diferenciar “os princípios das regras com base no modo de aplicação e no modo de colisão” (ÁVILA, 2015, p. 150).

De acordo com tais teorias, “enquanto as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’”. Entretanto, Ávila expõe sua discordância em relação a este entendimento, afirmando que “a ponderação pode ter um sentido amplo, de sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio” (ÁVILA, 2015, p. 150). Ao postular o sentido amplo da ponderação, Ávila visa escapar da armadilha interpretativa que consiste em restringir o processo de

ponderação, com base na análise de um caso específico onde dois princípios colidem, levando o intérprete a balancear estes princípios, atribuindo um peso maior a um em detrimento do outro, conforme a necessidade de responder ao caso em questão.

Desta forma, estes princípios colidentes seriam aplicados segundo a regra da ponderação, onde um princípio se sobrepõe sobre o outro em resposta a determinada demanda particular. Porém, de acordo com Ávila (2015), tal prática tem levado a uma flexibilização exacerbada em relação à interpretação jurídica, cujas consequências são apontadas pelo autor nestes termos:

Princípios tradicionais de vários ramos do Direito têm sido flexibilizados em razão de outros princípios, ditos “maiores” ou “mais importantes”. No Direito Tributário, os princípios da legalidade e da capacidade contributiva têm sido flexibilizados em razão dos chamados princípios da eficiência e do interesse público. No Direito Penal, os assim chamados, princípios da legalidade, da presunção da inocência e da proibição de prova ilícita também têm sido relativizados em favor de princípios relacionados ao interesse público em combater os crimes. No Direito Processual, os princípios da ampla defesa e do contraditório têm sido igualmente afastados em razão do denominado princípio da celeridade processual. Em todos esses exemplos, que não podem aqui ser detalhados, a justificação mais geral é a de que não há princípios absolutos e que todos eles podem ceder em favor de outros princípios considerados, diante do caso concreto, mais importantes ou com peso maior (grifos nossos) (ÁVILA, 2015, p. 151).

Fizemos questão de destacar o trecho da citação que trata da presunção de inocência para mostrar o cerne da discussão proposta por Ávila, a saber, que a ponderação restritiva dos princípios pode provocar um estado de coisas onde a interpretação jurídica toma como critérios hermenêuticos elementos estranhos à própria doutrina e teoria do direito. Isto tem ocorrido principalmente nas considerações feitas pelos Ministros do STF.

No caso do julgamento dos *Habeas Corpus*, a razão exposta pelos juízes tem trilhado caminhos sinuosos pelo fato de, utilizarem o critério de sopesamento dos princípios com base na lógica da restritividade, operada como o intuito de responder a demandas específicas.

O objetivo aqui é elaborar uma revisão integrativa acerca do princípio da presunção da inocência no âmbito das decisões jurídicas do STF, buscado entender seu alcance e o momento exato da positivação de tal norma no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que houve mudanças de aplicabilidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Já asseveramos anteriormente que a carta magna, em seu artigo

5º, inciso LVII, considera culpado o réu apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, não é apenas na Lei Maior de 1988 que encontramos a previsão deste dispositivo, mas também em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, nos quais o Brasil ratificou. Sendo assim, podemos afirmar que a pessoa que cometeu um crime está submersa por uma categoria protetora, não só na Constituição Cidadã, como mencionou Ulisses Guimarães na Assembleia Nacional Constituinte, tendo função de asseverar que o inculpatado não será execrado por nenhum delito até que se tenha confirmado sua culpa e não haja mais como entrar com recurso de tal decisão, mas também em Documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, onde vale destacar aqui o *Estatuto dos Refugiados*, de 1967 e a *Declaração de Cartagena*, de 1984.

Este princípio transformou o curso do direito processual penal, dando a todos os seres, o direito de não ser pré-julgado e execrado, conduzindo a coletividade a irromper seus laços com tão extraordinário princípio. O Princípio da Presunção de Inocência, que também é conhecido como Princípio da Não-Culpabilidade (Supremo Tribunal Federal) ou, ainda, Estado de Inocência (PACELLI, 2017), surge do próprio princípio do direito natural, abalizado nos alicerces de uma sociedade popular, que reverencia os valores éticos, morais, mais especialmente os valores da pessoa humana, aqueles que têm como cerne o amparo da dignidade da pessoa humana.

Tal normatividade foi positivada em vários documentos internacionais que intentam proteger os indivíduos contra os abusos do poder constituído. A este respeito, a Constituição Francesa foi uma das primeiras cartas constitucionais a prever tal norma ao afirmar que “todo homem é presumido inocente até que ele tenha sido declarado culpado; se ele está julgado indispensável prendê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela Lei” (TOURINHO FILHO, 2000, p. 65).

Reproduzindo o mandamento constitucional Francês, encontramos outros importantes documentos que preveem o princípio da não-culpabilidade em seu corpo. Exemplo disso é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu art. 9º, afirma:

Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM, 1789, p. 2).

Abria-se, com isso, naquele período, uma grande mudança do sistema processual penal na Europa que entusiasmaria muitos outros países. Depois desta fase, foi instituído mais três documentos de Direitos Humanos os quais o Brasil ratificou e que contemplam em seu corpo a previsão do Princípio da Não-culpabilidade.

O primeiro foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual começou a ser constituído no ano de 1949 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. No ano de 1954, foi apresentada a minuta na Assembleia Geral das Nações Unidas, para finalmente ser concluído e adotado em 1966. O texto dele traz mais detalhamentos acerca dos direitos da declaração, porém não se limitando apenas a eles, trazendo uma gama maior de direitos.

Quanto aos artigos do Pacto, podemos resumidamente dividi-lo em dois segmentos: o primeiro elencando os direitos fundamentais restritos à esfera civil-política (classificados na primeira dimensão), e o segundo segmento dedicado aos mecanismos de implementação do Pacto. No Brasil, o referido pacto teve sua promulgação pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 e traz a previsão do Princípio da Não-culpabilidade em seu artigo 14, § 2º, nestes termos: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL, 1992).

Aqui assistimos novamente a proteção do indivíduo face ao *jus puniendi* estatal. O importante deste documento é que não há previsão do elemento empírico interpretativo “trânsito em julgado” como parâmetro hermenêutico axiológico do afastamento do estado de inocência do cidadão. Outro documento relevante é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992 por intercessão do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A Convenção Internacional procurou consolidar, entre os países americanos, um regime de justiça social e liberdade pessoal, em função da observância aos direitos humanos essenciais. O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos

Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

O documento é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção à família.

Sendo o segundo Tratado de Direitos Humanos a ser ratificado pelo Brasil, o pacto de San Jose da Costa Rica prevê o Princípio da Não-Culpabilidade em seu artigo 8º, §2º, nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.⁴

O terceiro documento que o Estado brasileiro deve respeitar é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. A este respeito, Mazzuoli (2017) afirma:

A Declaração Universal dos direitos humanos foi delineada pela Carta das Nações Unidas e teve como uma de suas principais preocupações a posituação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos, em complemento aos propósitos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião (MAZZUOLI, 2017, p. 83).

O Princípio da Presunção de Inocência no Art. 11, §1 da Declaração, onde se lê “ninguém será condenado à pena de ofensa tendo o direito de ser presumido inocente até provado a culpa de acordo com a Lei” (TOURINHO FILHO, 2000, p. 65). Com isso, seguindo o mesmo raciocínio reflexivo percebemos que não há um parâmetro de identificação de até quando o réu é considerado inocente, se é necessário ou não o trânsito em julgado para que o cidadão seja considerado inocente. Sobre isso menciona Mazzuoli:

É garantida a presunção de inocência do indivíduo até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (MAZZUOLI, 2017, p. 87).

⁴ Pacto de San José da Costa Rica, 1969.

A este respeito, conforme podemos depreender das palavras de Mazzuoli, é possível inferir que estas convenções não especificam o momento exato em que o indivíduo deve ser considerado culpado o que, neste caso, demanda dúvidas que podem ocasionar dificuldades enormes de interpretação.

No mais, o viés adotado pela constituição de 88 seguiu outro padrão, pois definiu de forma mais clara e concisa o momento em que o réu passa a ser considerado culpado. A vantagem em relação aos tratados internacionais está no fato de que a carta magna estabelece critérios mais concisos, garantindo ao cidadão um amplo direito de defesa.

3.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA DOGMÁTICA PENAL

O princípio da presunção de inocência só veio ser previsto no corpo da Constituição de 1988. A este respeito, a redação do art. 5º, inciso LVII, ficou assim:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*; [...] (DINAMARCO, 1994).

Rangel Dinamarco, menciona que o princípio da presunção de inocência surgiu no fim do século XVIII em contraposição ao sistema inquisitório, onde o acusado era desprovido de qualquer garantia, contrapondo-se ao que se preceituava desde o século XII em que o acusado era considerado culpado até que se provasse o contrário. Embora considere a denominação presunção de inocência imprecisa, recorrendo à tese do ônus da prova ao acusador, Dinamarco (1994) reitera o princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso LVII (DINAMARCO, 1994).

A este respeito, Alexandre de Moraes faz uma advertência extraordinária, quando consagra a presunção de inocência, como um dos princípios basilares do Estado de Direito de garantia processual penal, no intuito de se obter à tutela da liberdade pessoal. Adverte Moraes que “dessa forma, há a necessidade de o estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal” (MORAES, 2015, p. 136).

Com estas palavras, o doutrinador e atual ministro do STF não faz outra coisa senão confirmar o Pacto de San José da Costa Rica e os tratados internacionais que tratam da questão da presunção da inocência, já mencionados no título anterior. No Brasil, consagrado no art. 5º da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência tomou seu próprio sentido. Estudado e avaliado por muitos processualistas penais, ganhou de cada um uma interpretação própria e características diferentes.

Na visão de Paulo Rangel não há em que se falar em presunção de inocência e sim em declaração. De acordo com o autor, a Constituição Federal não presume que ninguém seja inocente, mas declara, sim, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2010, p. 24).

Para Amilton Bueno de Carvalho, a presunção de inocência é pressuposição. Conforme o autor, mesmo que este princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou na Carta Magna, assim mesmo ele seria garantia fundamental, pois, segundo ele “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto [...]” (CARVALHO, 2001, p. 51).

Na visão de Aury Lopes Júnior, o princípio é um dever de tratamento. Neste sentido, a “presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (JÚNIOR, 2008, p. 187).

Esse dever impõe ao juiz que a carga de provas seja obrigatoriamente do acusador, afinal se o réu é inocente ele não precisa provar nada. Além do que outro princípio constitucional garante ao acusado o direito de não ter que produzir provas contra si mesmo. Na dimensão externa ao processo a presunção de inocência irá atuar como um limitador, a fim de que o réu seja protegido da publicidade que na maioria das vezes é extremamente abusiva, contribuindo para a estigmatização

precoce do acusado. A este respeito, Luigi Ferrajoli destaca que o importante é que todos os inocentes sejam sem exceção protegidos.

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos (FERRAJOLI, 1995, p. 549).

Prosseguindo com a argumentação, Aury Lopes Junior expõe as seguintes proposições a respeito da estigmatização precoce do acusado:

Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais a imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (JÚNIOR, 2008, p. 191-192).

Eugênio Pacelli de Oliveira, fala em estado ou situação jurídica de inocente. Para ele este princípio impõe ao Estado a observância e respeito a duas regras específicas ao acusado, uma com relação ao tratamento e outra de fundo probatório.

[...] tratamento, segundo o qual o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (OLIVEIRA, 2015, p. 33).

No tirocínio, cria-se uma presunção de culpa contrária ao acusado, que terá desde o início da persecução criminal, uma carga de contraprovar sua inocência, alterando-se os primados mais subliminares do processo penal constitucionalizado, que por sua vez deve ser o norte do Estado Democrático de Direito.

O princípio da presunção de inocência, reitor do Processo Penal, estabelece assim parâmetros para que a dignidade humana seja respeitada, sendo um estado em que se encontra o acusado até ser declarado culpado. Uma forma de tratamento que internamente impõe ao juiz que a carga de provas seja obrigatoriamente do acusador; e externamente tem o importante dever de atuar como um limitador.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, a análise dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil na sua relação com o enunciado do artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denota a ausência da expressão trânsito em julgado.

Este só aparece na constituição. Por conseguinte, a carta magna de 88 aparece como um texto cuja garantia ao cidadão é mais extenso no tocante à presunção de inocência. Em outras palavras, a constituição de 88 pretende ser mais garantista do que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Assim, tem-se por certo que o Princípio da Presunção da Inocência (Não-Culpabilidade ou Estado de Inocência) é uma garantia constitucional de maior proteção do cidadão.

Não é muito lembrar que, segundo a revolução iluminista, ele advém do próprio direito natural, fundamentado nas bases de uma sociedade livre, democrática, que respeita os valores éticos, morais, mas principalmente os valores pessoais, aqueles que têm por essência a proteção da pessoa humana e que a Constituição Democrática Brasileira se sobrepõe a todos os Tratados de Direitos Humanos que os prevê.

Não obstante, este aspecto garantista tem sido abalado pelas recentes decisões da suprema corte brasileira que, ao julgar algumas sentenças condenatórias, tem se posicionado favorável à prisão após a condenação em segunda instância. Então se faz necessário analisar estas decisões, a fim de compreender os processos sistêmicos que estão por trás de tais decisões.

4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF: O PERCURSO JURISPRUDENCIAL ATE 2016

Após incursionar pelos postulados teóricos acerca dos sistemas sociais e dos princípios jurídicos que orientam a definição da presunção de inocência, será feita uma abordagem empírica, analisando algumas decisões que garantiram ao réu o direito de recorrer em liberdade, até esgotarem-se os últimos recursos, com destaque especial para o HC 84.078 de 2009. O referencial teórico que irá nortear esta análise está assentado nas teses de Luhmman (1996), acerca dos sistemas sociais, bem como nas questões suscitadas por este sociólogo acerca das relações entre direito e política. Este foi o caminho epistemológico pelo qual esta pesquisa pretende refletir.

As principais teses de Luhmman (1996) já foram analisadas nos primeiros capítulos desta dissertação. Por conseguinte, é desnecessário traçar suas características, aspectos principais e elementos fundantes. Com isto evita-se redundâncias e repetições que em nada acrescentarão ao desenvolvimento desta análise.

Por outro lado, as questões propostas por Luhmman (1996), e as discussões que elas suscitam vão surgir ao longo desta exposição para fundamentar a análise empírica dos recursos julgados pelo STF que proferiram sentenças pelo não cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. Com isto será possível validar a teoria de Luhmman (1996), o que neste caso, não significa atestar sua infalibilidade e aplicabilidade irrestrita à realidade, ao mundo fático.

O que se pretende aqui é compor um caminho metodológico em que a teoria dialoga com a realidade, a fim de conferir um *status* científico a este trabalho, de modo a que ele esteja atrelado aos postulados de objetividade que devem nortear um trabalho acadêmico.

A proposta metodológica de análise da realidade está, pois, assentada no conceito de tipo ideal, recurso heurístico utilizado pelo sociólogo alemão Max Weber. A análise dos HC'S à luz das teses de Luhmman (1996) e as conclusões decorrentes deste estudo comportam um modelo típico ideal do sistema jurídico brasileiro, de suas competências e limitações.

No que diz respeito à investigação, afirma Weber, “o conceito de tipo ideal propõe-se a formar o juízo de atribuição” (WEBER, 2001, p. 137). O tipo ideal “não é uma ‘hipótese’, mas pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora não constitua uma exposição da realidade, pretende conferir a ela meios expressivos unívocos” (WEBER, 2001, p. 137).

Por ser um “juízo de atribuição”, o tipo ideal não constitui uma exposição objetiva da realidade, como se fosse possível retratá-la na sua inteireza através de conceitos. Na verdade, atribuir um caráter ontológico à realidade, como se ela fosse algo concreto, objetivo, constituída por uma essência que pode ser expressa pelo pensamento, constitui hoje um empreendimento destinado a recair nos velhos preconceitos morais.

O pensamento filosófico contemporâneo é quase unânime em reconhecer que não existe “a realidade”, mas construções teóricas que ajudam e interpretar o mundo, levando em consideração as múltiplas possibilidades compreensivas. Daí a importância da metodologia weberiana que, em certos aspectos, continua válida para o trabalho científico. Ao comentar a relação conceito/realidade, Weber faz as seguintes considerações:

Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou de vários pontos de vista e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de formar um quadro homogêneo de pensamento. *É impossível encontrar empiricamente na realidade este quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma utopia* (grifos nossos) (WEBER, 2001, p. 137).

Fizemos questão de destacar as palavras finais de Weber para mostrar o quanto seu método sociológico se aproxima das correntes contemporâneas do pensamento filosófico, as quais propõem uma crítica contundente à “opinião de que o conhecimento da realidade histórica deveria, ou poderia ser uma cópia ‘sem pressuposições’ de fatos ‘objetivos’” (WEBER, 2001, p. 139).

Portanto, a análise que segue a respeito do julgamento dos HC’S pelo STF não constitui uma descrição sem pressupostos que irão revelar uma realidade objetiva que se oculta no mundo das aparências, mas a tentativa de compreender, à luz da teoria dos sistemas de Luhmann (1996), quais os limites da interpretação jurídica e de que forma esta vai sendo construída para responder às demandas do sistema.

Desta forma, vamos proceder inicialmente à análise dos HC'S que expressão o alcance do princípio da presunção de inocência entendendo que o início de cumprimento de pena só é possível quando houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nos capítulos seguintes serão analisadas as decisões que modificaram o entendimento do STF no tocante ao alcance e sentido do estado de inocência, em especial o HC's 126.292 de 2016 e o 152.752, o que consolidaram a reviravolta existentes nas decisões em torno da norma fundamental.

4.1 OS JULGADOS DO STF EM RELAÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No primeiro capítulo, ao se analisar a questão da presunção de inocência, tal como aparece nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, foi constatado que a Constituição busca um caráter mais garantista em relação a estes documentos, visto que, define de forma mais clara, o momento em que deve ter início a pena restritiva de liberdade, a saber, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, algo que não se encontra definido nestas convenções.

A Carta Constitucional representou um marco importante no momento político em que o país se encontrava, recém-saído de uma ditadura militar que durou vinte anos e impôs um regime que acabou cerceando grande parte dos direitos e garantias individuais.

Um dos efeitos mais sentidos deste fechamento do regime, foi a retração do direito ao *Habeas Corpus*, sobretudo, a partir da promulgação do Ato institucional nº 5, que em seu artigo 10 suspendeu sua garantia para crimes políticos e os relacionados à segurança nacional, à ordem econômica e social e à economia popular.⁵

O efeito mais observado deste dispositivo foi a retração da concessão de *Habeas Corpus*, alicerçada num conceito de crime político e defesa da segurança nacional que na verdade eram utilizados para atingir inimigos políticos do regime. Mas o fato é que a ampliação dos direitos e garantias individuais, tal como pode ser

⁵ Ato Institucional nº 5, 1968.

observado no artigo 5º da carta de 88 veio acompanhado da restauração do instituto do *Habeas Corpus*.

Juntamente com a reinserção deste dispositivo, a carta magna procurou reiterar o respeito ao devido processo legal e garantindo a presunção de inocência até que se esgotem todas as instâncias cabíveis. A consequência desta mudança pode ser observada nos julgados do STF que a partir da carta constitucional passaram a referendar o princípio da presunção de inocência, a partir da pressuposição de que a condenação só deve ocorrer após o trânsito em julgado.

Quase a totalidade dos HC'S julgados pelo STF no período que se seguiu à promulgação da Constituição até o ano de 2016, seguiu a tendência de referendar a defesa do trânsito em julgado como parâmetro interpretativo que possibilita o réu iniciar o cumprimento de pena. As análises de algumas decisões demonstram que a tendência inicial do Supremo Tribunal Federal caminhou na direção da garantia da presunção de inocência tal como definido pela Carta Magma de 88, já que o argumento principal dos Ministros à época consubstanciava-se no respeito ao art. 5º, LVII desse texto legal.

As decisões prolatadas pelo STF foram reforçando o texto constitucional no aspecto referente ao início de cumprimento da pena. Não é necessário analisar todos os julgados decorrentes de pedidos de *Habeas Corpus* deste período, mas é importante citar exemplos de algumas decisões que reforçaram o entendimento acerca da presunção de inocência.

É o caso, por exemplo, do HC 84.587, de 2004, cuja relatoria ficou sob a responsabilidade do Ministro Marco Aurélio, em um caso envolvendo o crime de concussão. Tanto no relatório final, quanto no acórdão da primeira turma, foi atendido o *Habeas Corpus* e rejeitado o pedido de cumprimento da pena pelo tribunal de justiça.

Em seu relatório, o ministro leva em consideração os antecedentes históricos referentes aos direitos individuais, ao mesmo tempo em que invoca o artigo 5º, inciso LVII da constituição federal, para fundamentar seu parecer favorável ao acatamento do pedido de *Habeas Corpus*.

Neste mesmo ano, o julgamento do HC 84859, sob a relatoria do ministro Celso de Melo, mostrou novamente a tendência do Supremo para referendar o artigo

5ª, inciso LVII da constituição, acatando o pedido de *Habeas Corpus* contra o pedido de cumprimento da pena por parte do Superior Tribunal de Justiça. Outro argumento jurídico utilizado pelo ministro teve como base a lei 7.210, de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal que em seu artigo 147 diz que:

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares (BRASIL, 2004).

Em seu despacho, o ministro Celso de Mello afirma que “as penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando quanto a elas, a possibilidade de execução provisória”, pois, segundo o ministro, “tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou” (BRASIL, 2004). As referências à possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos estão baseadas no referido artigo 147 da lei de execução penal.

O julgamento do HC 84.677, cuja relatoria coube ao ministro Eros Grau, deu outro passo no sentido de firmar jurisprudência no Supremo Tribunal Federal a respeito da condenação após segunda instância. O caso em questão envolveu o crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária, o qual levou os réus à condenação e cumprimento da pena de dois anos e quatro meses de reclusão.

Como nos outros casos, a sentença foi confirmada pelo tribunal de segunda instância, seguido do pedido de execução provisória da pena. Os advogados dos réus entram com pedido de *Habeas Corpus* no STF. O relator, ministro Eros Grau, indeferiu o pedido, ordenando o início do cumprimento da sentença.

Porém, o ministro Cesar Peluso solicitou pedido de vista dos autos, o que ensejou um novo parecer favorável ao *Habeas Corpus*, uma vez que os outros Ministros acompanharam o voto do magistrado. É interessante destacar um trecho do parecer do ministro Peluso, em que ele faz uma defesa enfática ao princípio da presunção de inocência tal como disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição:

É que, conforme votei nos autos da Reclamação nº 2.391-5 – ainda pendente de julgamento, no Plenário -, o disposto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal impede a execução provisória da sentença penal condenatória, seja qual for a pena aplicada. (Grifos do autor) (BRASIL, 2004).

Em seu pedido de vistas, como podemos depreender da citação acima, o ministro amplia o alcance do texto constitucional, afirmando que o mesmo se estende a qualquer pena aplicada ao réu. Na sequência do seu voto, o ministro ainda procede às seguintes reiteraões:

Parece-me óbvio que essa disposição constitucional não é, como não o é norma constitucional alguma, mera recomendação, nem tomada teórica de posição do constituinte a respeito da natureza da condição processual do réu; ela não tem menos óbvio sentido prático (BRASIL, 2004).

O entendimento do tribunal foi se consolidando durante o período que se seguiu à promulgação da constituição de 88, como fica claro nas palavras exaradas da sentença do ministro Peluso, o qual interpreta a norma constitucional como um imperativo legal e não apenas mera recomendação ou posicionamento teórico frente às questões relativas à presunção de inocência.

No julgamento do HC 85289, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, invocou novamente o artigo 147 da Lei de Execução Penal para fundamentar o deferimento do pedido de *Habeas Corpus*, porém acrescentando às razões de sua decisão a própria jurisprudência do tribunal, que concedeu o mesmo benefício a outros réus em julgamentos anteriores.

Três julgamentos posteriores confirmaram a tendência garantista do STF em relação ao cumprimento do art. 5º, inciso LVII da constituição. A análise das decisões do STF nos casos dos HC'S 86498, 88413 e 88741, de 2005 e 2006, demonstra que os votos e argumentos dos Ministros se concentraram basicamente na referência ao texto constitucional (art. 5º, inciso LVII), à Lei de Execução Penal (art. 147) e à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A análise destes julgados mostra que a base da argumentação dos Ministros está assentada em elementos jurídicos. Tanto na relatoria, no pedido de vistas, quanto no parecer dos demais membros do colegiado o que se percebe é a recorrente referência ao arcabouço jurídico nacional como base de sustentação para a defesa da execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Os recorrentes julgamentos dos HC'S foram de tal forma constituindo uma jurisprudência na corte que os votos passaram a seguir uma lógica em que de forma quase constante, os Ministros firmavam sua análise e decisão levando em consideração os julgados anteriores, ou seja, seguindo o colegiado, como podemos ver no voto do ministro Eros Grau, relator do HC 88741, de 2006:

O entendimento desta corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória (conf., entre outros, o HC nº 84.859-1, Celso de Mello, DJ, de 13/05/2005). Concedo a ordem (BRASIL, 2006).

A menção ao colegiado é muito importante, pois ela serviu de mote no momento em que a corte mudou o entendimento em relação à prisão após a condenação em segunda instância. Isto ficou evidente no caso Lula, como veremos no próximo capítulo. O voto da Ministra Rosa Weber foi considerado decisivo para a negação da concessão do *Habeas Corpus* ao ex-presidente Lula.

Para firmar sua posição a magistrada invocou o respeito às decisões do colegiado, em oposição à sua convicção pessoal de concordância ao que diz o artigo 5º, inciso LVII da constituição. Mais adiante vamos expor este quadro com detalhes. Antes, é preciso deter-se na análise do HC 84.078, que validou tese do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.2 O HC 84.078 E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O julgamento do HC 84.078 ocorreu no ano de 2009 e provocou uma grande repercussão na imprensa, pois o resultado do pleito, favorável ao impetrante, reacendeu na ocasião um intenso debate acerca do início da execução da pena após a sentença em segunda instância. O caso envolveu o produtor rural mineiro Omar Coelho Vitor, que no início da década de 90 assassinou Dirceu Bandão. Segundo Omar, a vítima teria assediado sua esposa durante uma feira agropecuária em Minas Gerais. O produtor rural disparou vários tiros, mas dois deles foram fatais, levando a vítima a óbito. Inicialmente sua pena foi fixada em 3 anos, mas o ministério público recorreu, fazendo com que a pena aumentasse para sete anos e seis meses de detenção.

O tribunal de justiça de Minas determinou o cumprimento da pena em regime fechado, modificando depois para o semiaberto. No ano de 2001, alguns meses após o anúncio da sentença, o Ministério Público pediu seu cumprimento imediato, uma vez que o fazendeiro estava leiloando todo o seu gado, bem como os equipamentos de sua propriedade.

O MP, viu neste movimento a tentativa da acumular dinheiro para fugir do país e escapar da sentença. O tribunal de justiça de Minas determinou a prisão, mas Omar Vitor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou seu pedido. Após a negativa do STJ, Omar Vítor recorreu então ao STF, quando o então ministro Nelson Jobim indeferiu inicialmente seu pedido, porém, concedendo liminar favorável ao fazendeiro quando este alegou na sua defesa que estava vendendo seu patrimônio com a intenção de montar outro negócio. Em 2009 foi impetrado outro *Habeas Corpus* e neste julgamento, o STF modificou decisão monocrática do ministro Jobim, concedendo a Omar Vítor o direito de recorrer em liberdade às instâncias superiores, ou seja, não permitindo a execução antecipada da pena.

Ao impetrar o *Habeas Corpus* no STF pedindo a suspensão da execução da pena, os advogados de Omar Vítor solicitaram que o Supremo não aplicasse a norma que está contida no artigo 637 do Código de Processo de Penal, segundo a qual o recurso especial não tem efeito suspensivo e impeditivo em relação à execução da pena (BRASIL, 1941).

Mas cabe salientar que o artigo seguinte, afirma que cabe ao supremo processar e julgar o recurso extraordinário. A decisão do supremo favorável a não execução provisória da pena foi na direção contrária da súmula 267 do STJ, a qual, confirmando o artigo 637 do CPP, assinalou que os recursos especiais e extraordinários não impedem a prisão de um condenado em segunda instância. A este respeito, vale a pena expor um trecho da súmula 267 do STJ, onde o relator, ao proferir seu voto, defende a possibilidade da execução provisória da pena a partir da sentença em segundo grau:

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, a situação do ora paciente é a seguinte: condenado pelo Tribunal do Júri interpôs apelação que resultou sem provimento. Daí interpôs Recurso Especial, sem efeito suspensivo, para este Superior Tribunal de Justiça. Dispõe o CPP, art. 393, I, que é efeito da sentença condenatória recorrível “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”. Sem efeito suspensivo, o Recurso Especial pendente não tem força para anular o mandado de prisão resultante do improvimento da apelação criminal. A execução da decisão condenatória não está condicionada a decisão terminativa da última instância e não pode ser esvaziada pela simples interposição de um recurso (BRASIL, 2009).

O relator considera que o recurso especial não tem força para anular o mandado de prisão. Depois, ao citar o ex-ministro Paulo Brossard, o relator alega que o início do cumprimento da pena após a segunda instância não fere o art. 5º,

inciso LVII, da Constituição, pois a ordem de cumprimento da pena tem uma natureza eminentemente processual.

Mas, o fato é que, o julgamento do HC 84.078 resultou na concessão do *Habeas Corpus* a Omar Vítor. A principal consequência desta decisão foi a introdução de uma nova informação ao sistema comunicativo do direito, como diria Luhmman (1996), no sentido de postular a execução da pena somente após o processo transitar em julgado. É sempre relevante recordar que a complexidade do sistema social propicia a constante reentrada de novas informações, cuja pertinência será reavaliada em termos da confirmação ou não dos seus postulados. Nessa sequência, nem sempre ocorrerá a pura repetição dos acontecimentos, pois, a circularidade permite o reprocessamento das informações que, aliada à reflexividade, fará com que novos entendimentos sejam alocados ao processo de comunicação.

Passemos então à análise dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF que redundaram na decisão de 7 a 4, favorável à concessão do *Habeas Corpus*. É importante ressaltar aqui que não analisaremos de forma detalhada todos os argumentos, letra por letra. Os limites deste trabalho impedem de recorrer a tal expediente. É necessário ater-se aos aspectos mais gerais dos argumentos, explicitando um ou outro ponto específico que possa ser relevante para a análise.

Como dissemos anteriormente, o resultado do julgamento do HC 84.078 repercutiu bastante, quer nos círculos acadêmicos, quanto na imprensa e na sociedade em geral. Isto ocorreu não apenas em virtude da questão jurídica que serviu de pando de fundo do julgamento, a saber, a questão do início de cumprimento da pena após a condenação em segunda instância.

O sistema jurídico brasileiro, com sua morosidade e excesso de instâncias recorríveis, também esteve na pauta do julgamento, o que contribuiu ainda mais para despertar o interesse geral em relação aos desdobramentos da sentença. O acórdão final acabou sendo favorável à concessão do *Habeas Corpus*, a começar pelo do relator, o ministro Eros Graus, que produziu um relatório em que defendia o direito do réu de aguardar em liberdade o esgotamento dos recursos e das instâncias.

Acompanharam o relator os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Votaram contra o relator os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Ao analisar os argumentos proferidos pelos Ministros para fundamentar seus respectivos votos, é possível observar que os que foram favoráveis ao relatório do ministro Eros Grau, recorreram ao sistema jurídico, notadamente à constituição, para dar consistência às suas posições.

O principal argumento utilizado pelos defensores da concessão do *Habeas Corpus* foi de natureza basicamente constitucional, invocando de forma reiterada, o que propõe o art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em seu relatório, o ministro Eros Grau também recorreu aos artigos 105, 147 e 164, os quais tratam da emissão da certidão da sentença condenatória após o trânsito em julgado, para corroborar o respeito ao art. 5º, inciso LVII, da constituição (BRASIL, 2009). A este respeito, vale à pena citar um trecho do voto do ministro Celso de Mello, o qual se posicionou de forma favorável à concessão do *Habeas Corpus*:

A nossa constituição estabelece de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Quando esta corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decrete, arbitrariamente, por antecipação, a prisão cautelar de qualquer pessoa, sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida restritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamenta que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irreversível (BRASIL, 2009).

Este trecho do voto do ministro Celso de Mello expressa bem a linha argumentativa utilizada pelos defensores da concessão do *Habeas Corpus* no caso Omar Vítor. Pode-se observar aqui como o sistema se auto referencia, propiciando a confirmação dos seus pressupostos, num processo onde a comunicação é o elemento fundante, uma vez que é impossível que não haja comunicação no seio da sociedade.

Os Ministros que votaram contra a concessão do *Habeas Corpus* recorreram ao sistema jurídico nacional e a outros subsistemas jurídicos, como as convenções internacionais, dentre elas o pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que a matéria penal de fato se esgota nas instâncias inferiores, além de enfatizar que os

recursos direcionados às instâncias superiores não têm efeito suspensivo, corroborando o que está contido na súmula 267 do STJ e no artigo 637 do Código de Processo Penal.

O Ministro Joaquim Barbosa fez questão de reiterar entendimentos anteriores da corte, os quais eram favoráveis à execução da pena após a sentença das duas primeiras instâncias, consideradas pelo ministro órgãos prolatorez “presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer” (BRASIL, 2004). O ministro ainda alegou que a adoção do princípio da presunção de inocência gera um estado de impunidade, abarrotando as instâncias superiores de processos que poderiam ser decididos nas duas primeiras instâncias.

Os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie alegaram que o pacto de San José da Costa Rica não garante de forma peremptória o direito de recorrer em liberdade, tampouco confere o direito do condenado a quatro instâncias, como ocorre no Brasil. Se observado com cuidado, pode-se notar que o julgamento do HC 84.078 manteve basicamente a linha argumentativa assentada na doutrina jurídica, nas leis e na jurisprudência, reforçando alguns elementos que já se encontravam no ordenamento jurídico, sobretudo aqueles consoantes aos direitos e garantias individuais, que ganharam uma importância maior com a constituição de 88.

Dos exemplos mostrados até aqui é possível perceber que ao longo deste período o STF se consolidou como o tribunal constitucional por excelência, no sentido de julgar os HCS à luz do texto constitucional. Mesmo recorrendo ao que diz a Lei de Execução Penal e a jurisprudência do próprio tribunal a respeito do início do cumprimento da pena após a condenação em segundo grau, todas as decisões favoráveis à concessão de *Habeas Corpus* estiveram embasadas na constituição, pressupondo, assim, o direito, previsto na carta magna, ao devido processo legal.

Contudo, o direito constitucional cumpre o seu papel de municiar o sistema jurídico de critérios assertivos para a aplicação do direito, conforme assevera Neves em sua análise sobre a constituição e seus pressupostos na modernidade periférica:

A positividade como autodeterminação do direito significa a exclusão de qualquer supradeterminação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência, etc. Nessa perspectiva, a relação entre sistemas jurídico e político é horizontal-funcional, portanto, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem seus fundamentos políticos e morais, o sistema jurídico precisa de critérios não apenas para a aplicação do direito, mas também para a legislação. Esse papel é atribuído ao direito constitucional (NEVES, 2018, p. 67).

Embasado nas teses de Niklas Luhmman (1996) acerca da autorreferencialidade dos sistemas, Neves retoma a ideia de que o sistema jurídico constrói os seus fundamentos a partir das ferramentas do próprio sistema, de modo a não se deixar conduzir por outros sistemas. Ao contrapor a relação horizontal-funcional com a vertical-hierárquica, o autor mostra como Luhmman (1996) dilui a tendência marxista de conceber o direito como uma superestrutura que exprime as relações de dominação que marcam a sociedade burguesa.

A visão marxista, expressando o pensamento clássico da sociologia, supõe uma relação hierárquica-funcional, em que o direito se reduz a um mero instrumento a serviço da classe dominante, numa relação de causalidade imediata. A perspectiva horizontal-funcional reconhece a complexidade dos sistemas sociais, e permite perceber como as irritações do ambiente podem afetar a dinâmica do sistema, possibilitando a introdução ou rejeição de novos elementos.

Nesta perspectiva, não se tem apenas vários elementos isolados, mas, sistemas que se entrelaçam. Desta forma “qualquer intervenção legiferante do sistema político no sistema jurídico é mediatizada pelas normas constitucionais” (NEVES, 2018, p. 68). Sob esse ponto de vista, prossegue Neves em sua análise, “pode-se afirmar que a positivação do direito na sociedade moderna, além da separação ‘aplicação jurídica/legiferação, pressupõe a distinção entre Constituição e lei” (NEVES, 2018, p. 68). Por conseguinte, compreender a “Constituição como normatização da normatização de normatização, é imprescindível à positividade como autodeterminação do direito” (NEVES, 2018, p. 68).

Esta imprescindibilidade da norma constitucional para a autodeterminação do direito esteve presente nos julgados do STF analisados até o presente momento. A defesa solene da constituição embasou as decisões colegiadas que se propuseram a referendar o princípio da presunção de inocência com base no que diz o artigo 5º, inciso LVII da carta magna. Entretanto, essa tendência foi perdendo força ao longo dos anos até se consolidar na virada paradigmática ocorrida no ano de 2016, quando o Brasil vivia um momento político bastante conturbado, que culminou com o afastamento da então presidenta Dilma Rousseff, acusada de cometer crime de responsabilidade no caso das pedaladas fiscais.

A votação do HC 126.292, consolidou uma tendência que se edificava mesmo após 2009, possibilitando o início do cumprimento da pena após a

condenação em segunda instância. Alguns julgados que se seguiram culminaram com a rejeição do HC impetrado pelos advogados do ex-presidente Lula, o que ocasionou sua prisão após a confirmação pelo TRF4 da sentença do juiz Sérgio Moro. Todo este cenário motivou e ainda é fonte de muitas controvérsias jurídicas a respeito da interferência política nas ações do judiciário, com intenções, talvez, pragmático-eleitorais. Se for verdade que uma “decisão judicial contém mais fatores e informações que os presentes na legislação, na doutrina, na jurisprudência e nos costumes jurídicos” (SILVA, 2016, p. 29), é necessário investigar quais são estes fatores e informações, a fim de compreender como o “sistema jurídico realiza processos de adaptação às mudanças da sociedade” (SILVA, 2016, p. 29). Para esclarecer melhor esta questão, é necessário proceder à análise do julgamento do HC 126.292. É o que será feito no próximo capítulo.

5 DO TRÂNSITO EM JULGADO AO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF NO HC 126.292 E O CASO LULA

Neste capítulo, como se pode depreender do título, é analisada a mudança ocorrida no entendimento da suprema corte brasileira em relação ao início de cumprimento da pena após a condenação em segundo grau. De fato, o julgamento do HC 126.292 é um marco nesta reviravolta do entendimento sobre a questão, pois gerou grande discussão no plenário do Supremo Tribunal Federal, além de ampla repercussão na sociedade, tanto por parte da imprensa quanto de outros órgãos como a OAB.

Além de diversas associações de juízes e magistrados, interessados na repercussão prática e, por que não dizer, política desta decisão. O que se propõe aqui é confrontar de forma mais minuciosa, e sempre em diálogo com a teoria luhmmaniana, a relação entre direito e política. Este será o pano de fundo que irá nortear a 'exposição e análise dos argumentos dos Ministros durante a votação do HC 126.292.

A reviravolta ficou mais que evidente, considerando o conjunto dos julgados anteriores que postulavam o cumprimento da pena só depois de esgotadas todas as instâncias. A crise política reforçava o apelo por uma justiça mais célere e, sobretudo, assertiva quanto à punição dos crimes de colarinho branco. O avanço das ações policiais capitaneadas pela operação lava jato, amplificada pelo apoio midiático⁶, impulsionavam ainda mais o desejo pela eficiência do judiciário.

Alguns membros da corte já haviam se manifestado contra as decisões da casa em outras oportunidades e não apenas durante as votações. Em 2015, o ministro Gilmar Mendes publicou um artigo, intitulado *A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio*, que deveria constar do livro em homenagem aos 25 anos de carreira do ministro Marco Aurélio Mello.

Nesse artigo, Mendes expõe sua posição favorável à revisão do princípio da presunção de inocência, o qual havia gerado o entendimento de que o início de cumprimento da pena só pode se efetivar após o trânsito em julgado. Depois de

⁶ Sobe a cinematografia do Processo Penal ler: "As misérias do Processo Penal" de Francesco Carnelutti.

elogiar a dignidade do ministro homenageado, ressaltando sua postura sempre voltada à “defesa intransigente de suas posições”, Mendes ressaltava que o cerne da controvérsia “reside na forma como uma garantia constitucional se articula com a lei ordinária” (MENDES, 2015, p. 2).

Para exemplificar a controvérsia, o ministro faz uma comparação entre o que diz o art. 637 do CPP, com o art. 5º, inciso LVII da constituição. A análise dos textos legais demonstra como dois dispositivos podem colidir entre si. O artigo 637 do CPP “afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso” (MENDES, 2015, p. 2).

Por sua vez, a constituição propõe, no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, “consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade” (MENDES, 2015, p. 2). Para dirimir a controvérsia e expor sua posição favorável à revisão do posicionamento do STF, até então contrário à execução da pena antes do trânsito em julgado, Gilmar Mendes questiona o sentido do texto constitucional, afirmando que o mesmo garante a não culpabilidade, mas não impede necessariamente o início do cumprimento da pena.

A seguir, Mendes propõe superar o entendimento do STF, ancorado em duas premissas: primeiro a de que a previsão de não culpabilidade pode ser conformada a partir da lei ordinária e segundo, que a garantia da ordem pública, principalmente nos casos graves, enseja a aplicação da pena após a decisão emanada das vias ordinárias (MENDES, 2015, p. 2).

A reviravolta proposta por Gilmar Mendes em 2015 veio a concretizar-se no ano seguinte, quando o STF decidiu firmar outro entendimento com relação ao início do cumprimento da pena. Mas o que essa mudança significou? O que está por trás desta contradição dos Ministros que compõem a suprema corte? É possível que haja entendimentos antagônicos sobre uma mesma matéria? Ingerências políticas podem afetar a atuação dos magistrados? Essas questões compõem de fato o pano de fundo desta investigação e remetem novamente à problemática suscitada por Luhmann a respeito do alto grau de complexidade da sociedade moderna, assentada num processo constante de diferenciação dos diversos subsistemas: família, economia, direito, política, religião.

A hipercomplexidade da sociedade enseja, por sua vez, um número infinito de possibilidade que escapam a possibilidade sua realização completa, exigindo que o sistema realize determinadas escolhas e campos de ação. Mas estas possibilidades são capazes de engendrar elementos inesperados ao sistema, que escapam a qualquer possibilidade de previsibilidade. É o que Luhmman chama de contingência, a qual pode propiciar o desapontamento, mas também reforçar a necessidade de se aceitar o risco. Ao citar a temática da complexidade na teoria de Luhmman, Lima abre a seguinte reflexão:

Complexidade e contingência são palavras de grande valor epistemológico na teoria LUHMMANiana: a primeira refere-se à realidade das ações. Dito de outra forma: diversidade de alternativas. Não se pode prevê-las e nem controlá-las; enquanto, na segunda, o futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento. Se, atualmente, temos “sim” como decisão, poderíamos ter o “não” (LIMA, 2008, p. 11).

Por vezes, esta contingência se faz sentir nas reviravoltas suscitadas pelas ações dos atores sociais, os quais se veem às voltas com inúmeras possibilidades de ação. No caso do julgamento dos HC’S pode-se afirmar que em um determinado momento o que se teve foi o “não” como resposta à possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância, e em outro momento o “sim”, como afirmação de que o sistema jurídico pode ser assediado por outros códigos comunicacionais capazes de transmutar suas decisões em outros discursos e alternativas.

Isto faz Luhmman acreditar que a complexidade da sociedade funcione como o motor da evolução. O termo evolução, não tem em Luhmman, nenhum peso ontológico, tampouco, está relacionado ao desencadeamento de fases, onde um elemento simples evolui linearmente para estruturas mais complexas ou superiores. A noção de evolução está intimamente relacionada à ideia de contingência. Quando o que parecia improvável torna-se realidade, trazendo para dentro do sistema alternativas que não estavam previstas, tem-se que o sistema evolui. Estes elementos improváveis produzem irritações no sistema, que os rejeita ou os absolve, produzindo novas estruturas que passarão a servir de referência sistêmica ao fluxo de comunicação incessante pelo qual a sociedade é composta.

O acréscimo de complexidade ao ambiente permite sua evolução. A introdução de novas estruturas requer a adequação destas às estruturas existentes de modo a que o sistema volte a tornar-se operativo, introduzindo novas e

complexas relações, as quais dinamizam a sociedade ao mesmo tempo em que possibilitam sua reestabilização. A este respeito Luhmman enfatiza que a evolução do direito está relacionada à evolução da sociedade.

De acordo com o sociólogo:

Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja, são por ela incentivadas e possibilitadas (LUHMANN, 1983, p. 225).

As mudanças fundamentais do estilo do Direito derivam pois da própria estrutura da sociedade, que lhe fornece os instrumentos necessários para que se construam novos códigos de comunicação. A sociedade é quem possibilita tais mudanças. Por ser ela mesma um sistema formado por comunicações hipercomplexas, é capaz de fornecer os elementos que poderão ser admitidos e acoplados nos diversos subsistemas que a compõem.

O alcance das mudanças em decorrência do novo entendimento do STF com relação ao início do cumprimento da pena ainda não pode ser medido em sua totalidade, mas é possível notar a formação de novas relações e possibilidades. Elas surgiram principalmente com o julgamento do HC 126.292, quando os Ministros propuseram outro entendimento acerca da presunção de inocência, inclusive introduzindo outros elementos que até então não haviam sido aludidos nas suas análises da realidade jurídica brasileira.

5.1 O JULGAMENTO DO HC 126.292: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Em fevereiro de 2016, o STF realizou julgamento que representou uma virada significativa no entendimento da corte, com efeito em cascata em outras instâncias, o qual trouxe uma resposta diferente em relação à possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância. A importância deste julgado pode ser medida pelo fato de que outras sentenças favoráveis à prisão após a condenação em segunda instância já haviam sido prolatadas, mas sem que houvesse uma discussão profunda acerca deste princípio.

Em outras palavras, as decisões anteriores não colocaram no centro do debate jurídico nacional a possibilidade de revisão do entendimento acerca do texto constitucional referente a prisão após o trânsito em julgado. A análise de outras sentenças confirma esta assertiva.

É o que se pode depreender, por exemplo, da análise do HC 68726, realizado no ano de 1991, ou seja, três anos após a promulgação da Constituição de 1988. O caso envolvia a prática de homicídio qualificado, com lesão corporal, que resultou na ordem de prisão do réu após o julgamento proferido pelo tribunal de alçada criminal do Estado do Rio de Janeiro.

Após a sentença, os advogados entraram com pedido de *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Em sua petição, os advogados do réu alegaram o descumprimento do artigo 669 do código de processo penal, bem como da constituição, artigo 5º, inciso LVII, invocando assim o direito ao seu cliente de recorrer da sentença em liberdade até que a mesma transitasse em julgado. Entretanto, em seu despacho o ministro Néri da Silveira, relator do caso, negou o pedido de *Habeas Corpus*.

Para fundamentar sua posição, o ministro alegou o respeito às decisões das instâncias inferiores. Desta forma, não caberia ao STF interferir na decisão colegiada do tribunal fluminense, o qual já havia indeferido o pedido de soltura do réu. O ministro ainda recorreu ao mesmo artigo 669 do Código de Processo Penal, que trata do trânsito em julgado, porém, enfatizando o que diz o inciso I deste mesmo dispositivo legal, o qual ressalta a possibilidade de cumprimento da pena “quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança” (BRASIL, 2000).

A fim de corroborar ainda mais as razões de seu voto, o ministro-relator cita a jurisprudência para diferenciar o caso julgado da coisa julgada. Esta última se efetiva após o esgotamento de todas as instâncias, ao passo que o caso julgado já enseja o início do cumprimento da pena, uma vez que o julgamento já passou pelas duas instâncias ordinárias legítimas (BRASIL, 2000).

A decisão proferida no HC 74.983 de 1997, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Carlos Velloso, também relativizou o princípio da presunção de inocência, apesar de anterior à 2016, não causou impacto na sociedade, pois não havia crises

institucionais até então, ou pelo menos não estavam em evidência, como a operação “lava jato”, que objetivou investigar autoridades públicas de relevante posição nas instituições legislativas e executivas.

A análise do voto proferido pelo ministro evidencia este entendimento, visto que a alegação para o indeferimento do pedido de *Habeas Corpus* tomou como base o respeito à decisão colegiada do tribunal de segundo grau. Ademais, o relator alegou, com base no artigo 637 do Código de Processo Penal, que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, possibilitando assim o início do cumprimento da pena (BRASIL, 1997).

Outros dois julgamentos ocorridos no ano de 2005 também seguiram a tendência de indeferir pedidos de *Habeas Corpus* baseados na alegação da presunção de inocência. Os HC's 85.024 e 85.616, que estiveram sob a relatoria dos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, respectivamente, foram indeferidos, sob a alegação de respeito às decisões das cortes inferiores, além de confirmar a competência das duas primeiras instâncias para formular o início do cumprimento da pena (BRASIL, 1997). O julgamento do HC 91.675, de 2007 também resultou no acatamento da execução da pena após a condenação em segunda instância.

O caso, relatado pela ministra Carmen Lúcia, se referia a um réu condenado à pena de oito anos e nove meses de reclusão, mais pagamento de multa, pelo crime de atentado ao pudor realizado contra sua afilhada de sete anos de idade. Após a condenação, a defesa interpôs recurso junto ao tribunal de justiça do Paraná, que negou o pedido, solicitando o início do cumprimento da pena.

Por seu turno, a defesa impetrou um *Habeas Corpus* junto ao STF alegando, dentre outras coisas, o fato do seu cliente ser réu primário, ter bons antecedentes, residência fixa e ter respondido o processo em liberdade. Entretanto, a fim de dar mais consistência à petição, a defesa recorreu ao artigo 5º, inciso LVII da constituição, solicitando que o referido tribunal observasse o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2008).

Durante seu voto, a ministra Carmen Lúcia levantou a questão, interposta pela defesa, de saber se é possível executar a sentença, ainda que provisória, antes do trânsito em julgado. Para fundamentar seu voto contrário à concessão do *Habeas Corpus*, a ministra recorre à jurisprudência da corte, a qual teria concedido a ordem

de prisão após a sentença de segundo grau. Outra alegação da ministra para a denegação do pedido de *Habeas Corpus* tomou por critério a observação do artigo 637 do CPP, no qual está acertado que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo (BRASIL, 2008).

Como se pode observar dos exemplos citados até agora é possível notar que antes mesmo da discussão do HC 126.292, já havia alguns precedentes em que a decisão da casa seguiu na direção da autorização da prisão, antes do trânsito em julgado, de acordo com o que preceitua a constituição. É possível perceber que os argumentos dos advogados de defesa se referiam ao princípio da presunção de inocência.

Entretanto, em todos estes julgados este princípio não esteve em evidência com tanta intensidade como no caso do julgamento do HC 126.292. Eis o motivo pelo qual sua ele merece uma atenção especial neste momento da discussão. Mais do que qualquer cumprimento de pena, ou verificação das condições legais para se aplicar ou não determinada sanção penal, a sessão que marcou a análise do HC 126.292 converteu-se num amplo debate acerca do alcance e significado do art. 5º, inciso LVII da constituição de 88, algo que não havia acontecido até então.

A despeito de qualquer ampliação dos fatos é possível afirmar que a sessão do dia 17.02.16 julgou o artigo 5º, inciso LVII da constituição, muito mais do que o réu citado no processo, tamanha a repercussão, assim como os efeitos práticos desta decisão.

O caso em questão envolveu o vigilante Marcio Rodrigues Dantas, o qual fora condenado a cinco anos e quatro meses de prisão por ter roubado, juntamente com seu comparsa Antônio Sérgio Lopes, R\$ 2.600.00. A vítima iria utilizar este valor para pagar um grupo de mulheres que haviam trabalhado na campanha de um vereador da cidade de Itapeverica da Serra.

O caso ocorreu no ano de 2010. O condenado deveria cumprir a pena inicialmente no regime fechado. Seu delito foi enquadrado no art. 157, 2º, I e II do Código Penal, como roubo majorado. A sentença da primeira instância permitia a Márcio recorrer da decisão em liberdade. Inconformada com a sentença, a defesa de Márcio entrou com pedido de *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, mas teve seu pedido negado. Após a negativa do tribunal paulista, a defesa entrou

com pedido de *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal. Porém, a corte indeferiu o pedido, levando Márcio ao cumprimento da pena conforme a sentença de primeiro grau, confirmada pelo órgão de segunda instância. Conforme afirmado anteriormente, o que esteve em jogo neste julgamento foi a mudança de jurisprudência da casa no que diz respeito à relativização do princípio da presunção de inocência.

Votaram pela denegação do *Habeas Corpus* (consequentemente, pela mudança da jurisprudência) os Ministros Teori Zavascki (relator do caso), Edson Fachim, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram pela manutenção do *Habeas Corpus* e do entendimento favorável à prisão só após o trânsito em julgado, os Ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Ao falar na condição de relator do processo, o ministro Teori Zavascki reconheceu a dificuldade do caso, uma vez que os advogados de defesa alegaram como motivos suficientes para a aceitação do *Habeas Corpus* o que diz a constituição a respeito do trânsito em julgado, bem como a própria jurisprudência da corte, que havia levado em consideração o princípio da presunção de inocência no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/09.

A partir deste quadro expositivo, o ministro resolveu adentrar na discussão a respeito da prisão provisória na sua relação com o princípio da presunção de inocência. Em seu argumento, Teori Zavascki fez questão de enfatizar que o princípio da presunção de inocência deve ser observado levando em consideração o equilíbrio entre a defesa do princípio e a efetividade da função jurisdicional penal (BRASIL, 2016).

Este balizamento é necessário, segundo Zavascki, por causa da complexidade do sistema penal brasileiro, fazendo com que muitas sentenças julgadas nas instâncias ordinárias não fossem confirmadas pelas superiores, gerando na sociedade um clima de desconfiança, amparado na percepção de que a justiça brasileira é ineficiente e contribui para a perpetuação da impunidade. Além destas alegações, o ministro-relator ainda fez menção aos julgados anteriores da casa em que foi admitida a execução provisória da pena. Para corroborar ainda mais sua argumentação, o ministro citou as súmulas 716 e 717 do próprio STF, que

admitem a progressão de regime de cumprimento e execução da pena e aplicação de regime menos severo antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2016).

Ao confrontar-se com o princípio da presunção de inocência, tal como expresso na constituição, o ministro Teori Zavascki assevera a existência de uma limitação e que diz respeito ao período da instrução processual. Eis as palavras do ministro:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior (BRASIL, 2016).

De acordo, pois, com o ministro-relator, a condenação em primeiro grau já exprime um juízo inicial de culpabilidade, embora não seja ainda a confirmação última deste juízo, uma vez que este poder recorrer às instâncias inferiores. O ministro ainda faz questão de reiterar que é justamente “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016). Por fim o ministro atesta que a execução da pena mesmo com os recursos pendentes à espera de julgamento pelas cortes superiores não contradiz o princípio da presunção de inocência, uma vez que o réu foi considerado inculpável durante o período em que o processo tramitou nas instâncias ordinárias.

Para fundamentar melhor seu voto, o magistrado aduz exemplos de outros países, a fim de mostrar que o Brasil é um caso único em que se espera a decisão do Supremo para fazer valer os efeitos da sentença condenatória sobre o réu. Após os argumentos aduzidos, o Ministro aduz ao fato de que “a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

Portanto, o ministro-relator do caso encaminhou seu parecer na direção de considerar a sentença proferida nas instâncias ordinárias capaz de produzir efeitos imediatos no processo como, por exemplo, o início de cumprimento da pena, sem que o mesmo seja considerado culpado, uma vez que ele pode recorrer às

instâncias superiores. Em sua lógica argumentativa, o ministro Zavascki mostra que não há nenhuma incompatibilidade entre início de cumprimento da pena e presunção de inocência, pois a primeira situação diz respeito aos trâmites processuais, não incidindo sobre ela o julgamento final, que só pode ser proferido, segundo a constituição pelas cortes superiores. Os argumentos e os votos dos outros Ministros tiveram como referência o relatório apresentado pelo ministro Zavascki e deveriam confirmar ou denegar sua razoabilidade.

O ministro Edson Fachim subscreveu o relatório, afirmando não haver motivos para se apegar à literalidade do texto constitucional, o qual deve ser interpretado sempre em referência a outras regras e princípios constitucionais que, de acordo com o ministro, não ensejam de forma absoluta a impossibilidade do cumprimento da pena antes de esgotadas todas as instâncias (BRASIL, 2016). Quando determinado princípio constitucional é aplicado de forma descontextualizada, ele se converte em um super princípio o que, para o ministro Fachim, não pode ser admitido dentro do direito constitucional (BRASIL, 2016).

O ministro argumentou ainda que as instâncias ordinárias são soberanas quanto à avaliação das provas e da definição dos fatos, não cabendo aos órgãos superiores a tarefa de serem julgadores universais, mas de proporem nova versão jurídica (BRASIL, 2016). Segundo o ministro a própria constituição incumbe ao tribunal a tarefa de tecer novos entendimentos jurídicos e não o de atuar de forma contínua na reparação de injustiças individuais. Por fim o ministro Fachim alega que a possibilidade de se apresentar recurso às instâncias superiores faz com que o réu possa protelar ao máximo a execução da sentença. Isto só deixaria de ocorrer se o réu aceitar a condenação e como isto não ocorre, o processo fica prejudicado pela constante apresentação de embargos protelatórios (BRASIL, 2016).

O ministro Luís Roberto Barroso também votou favoravelmente à mudança da jurisprudência, tal como proposto pelo relatório do ministro Zavascki. Em seu voto ficou evidenciado o ponto central sob o qual transitou o debate acerca da concessão ou denegação do *Habeas Corpus*: o alcance e os limites da aplicação do princípio da presunção de inocência, conforme o que preceitua a constituição.

A análise do voto do ministro Barroso traz elementos interessantes para a discussão, pois o magistrado dividiu sua análise em três partes: o “delineamento da controvérsia, a apresentação dos fundamentos jurídicos para a possibilidade de

execução da condenação penal após a decisão de segundo grau e, por fim, os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento, preconizado no voto” (BRASIL, 2016). Chama a atenção o item três, acerca dos fundamentos pragmáticos que sustentam o novo entendimento.

Mas antes de expor os “fundamentos pragmáticos” expostos pelo magistrado, é necessário passar em revista os principais pontos de sua argumentação favorável à mudança do entendimento da corte. Em seu voto, Barroso reconheceu a oscilação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da matéria referente à presunção de inocência, pois desde a definição proposta pela constituição, os julgamentos da corte transitaram entre a defesa do princípio da presunção de inocência e a aceitação de que tal princípio não impede o início da execução da pena.

Ao referir-se ao julgamento do HC 84.078/2009, Barroso admite que a decisão proferida neste *Habeas Corpus* provocou uma situação delicada, pois, segundo o ministro, esta decisão tornou absoluto o princípio da presunção de inocência, na contramão das decisões diversas que já haviam sido proferidas anteriormente. Entretanto, para fundamentar seu voto contrário à jurisprudência firmada pelo no julgamento do HC 84.078, o magistrado recorreu à teoria da mutação constitucional que segundo o ministro:

Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo (BRASIL, 2016).

Ao recorrer à teoria da mutação constitucional, Barroso asseverou a importância de se pensar o direito a partir da realidade concreta e não como um conhecimento distante e desconectado da realidade social. O desenvolvimento da hermenêutica jurídica expressa o entendimento de que as transformações ocorridas na sociedade produzem efeitos consideráveis na forma como se processa o direito, contribuindo para o surgimento de novos entendimentos do texto constitucional, produzindo novos sentidos, sem que haja qualquer modificação na letra da lei.

Logo, o direito não pode ser aplicado como se existisse abstratamente, desconectado da realidade. Segundo Barroso, a mudança do entendimento da corte, expressa na votação do HC 84.078, em cujo entendimento a presunção de inocência

deve ser levada às últimas instâncias recursivas, teve consequências ruins para o judiciário e a sociedade.

Em primeiro lugar “funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios” (BRASIL, 2016). Além disso, “reforçou a seletividade do sistema penal.” (BRASIL, 2016), que facilita a vida dos réus que têm melhor condição financeira para contratar bons advogados para que estes recorram sucessivas vezes às instâncias superiores. Finalmente, segundo o ministro, “o novo entendimento (expresso na votação do HC 84.078/2009) contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” (BRASIL, 2016).

Este agravamento se dá, segundo Barroso, pelo fato de que o recurso às últimas instâncias facilita a prescrição da pretensão punitiva. Ao expor os fundamentos jurídicos para a mudança do entendimento acerca da presunção de inocência, o ministro Barroso recorre ao próprio texto constitucional para diferenciar o regime de culpabilidade da aplicação da prisão. Barroso entende que o artigo 5º, inciso LVII trata da questão da culpabilidade, garantindo ao condenado o direito de ser declarado inocente até que se esgotem todos os recursos.

Porém, o inciso LXI do mesmo artigo, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Isto demonstra, segundo o magistrado, que a prisão não depende do trânsito em julgado, mas da ordem demandada pela autoridade competente, uma vez esgotados os dois primeiros graus de jurisdição.

Ao invocar as razões pragmáticas que fundamentam seu voto, favorável ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, o ministro Barroso aduz ao desejo de se manter a ordem pública e também a necessidade de se resgatar a imagem desgastada da justiça perante a sociedade brasileira. O uso recorrente de recursos procrastinatórios faz com que a justiça seja lenta e muitas vezes ineficiente, afirma Barroso.

Além disso, o magistrado reitera que o fundamento pragmático está assentado em duas características: a primeira é o contextualismo, o que significa dizer que a realidade concreta que serve de base para a aplicação da legislação deve ter um peso importante na sua aplicação. A segunda característica é o

consequencialismo, ou seja, o prolator da sentença deve levar em consideração o resultado prático de sua decisão, verificando qual o impacto desta para a sociedade em geral (BRASIL, 2016). Ao final, o magistrado concluiu seu voto favorável ao parecer do ministro Teori Zavascki.

Em seu voto contrário ao parecer do relator Teori Zavascki, a ministra Rosa Weber alegou que não houve tempo suficiente para analisar a matéria e, tendo em vista a grande responsabilidade de mudar o entendimento da própria corte sobre matéria de tão grande relevância, optou por continuar seguindo a orientação anterior da casa, no sentido de preservar o princípio da presunção de inocência, tal como a corte já havia se manifestado no julgamento do HC 84.078/2009.

O ministro Luís Fux votou com o relator, admitindo a mudança na jurisprudência. Em seus argumentos, fez uma defesa da coisa julgada singular que, em regra, é imutável e indiscutível, não havendo necessidade de se recorrer a uma instância superior para decidir sobre algo que já fora objeto de consenso nas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016). O ministro ainda recorreu à doutrina jurídica para enfatizar a importância de se escutar o apelo da sociedade, quando uma doutrina jurídica já não conta mais com a adesão da realidade social (BRASIL, 2016).

A partir daí o magistrado corrobora a crítica de Barroso à questão da impunidade que permeia o acesso contínuo às instâncias superiores, que protelam o processo e em numerosos casos redonda na prescrição das penas. Para mostrar o descompasso entre as expectativas da sociedade e o que diz o preceito constitucional, o ministro Fux faz a seguinte afirmação em seu voto:

E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social (BRASIL, 2016).

Ao proferir seu voto a favor da mudança da jurisprudência, a ministra Carmen Lúcia também procurou diferenciar a questão da presunção de inocência da condenação, mostrando que são coisas diferentes. Assim como os outros Ministros que votaram com o relator, Carmen Lúcia argumentou em seu voto que a constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado, mas que isso não retira a condenação, o que já enseja a possibilidade do início de

cumprimento da pena, sem que tal situação colida com o princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso LVII da carta magna (BRASIL, 2016).

O ministro Gilmar Mendes apresentou as razões do seu voto, pela mudança da jurisprudência, alegando novamente o mesmo argumento do ministro Barroso, a saber, o excesso de instâncias recursais pelas quais os processos podem tramitar, gerando uma morosidade no sistema e, mais grave ainda, facilitando a impunidade, maculando a imagem do Brasil perante opinião pública, inclusive a internacional (BRASIL, 2016).

Em toda sua fundamentação, o magistrado reiterou as proposições feitas no artigo *A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio*, discutido no início deste capítulo. Em linhas gerais, Mendes reitera que a definição de culpabilidade apresenta possibilidades várias e que não estão explícitas no art. 5º, inciso LVII da constituição. Assim como os outros Ministros que votaram com o relator, Mendes reforça a importância de e respeitar as instâncias ordinárias e sua precípua função de determinar a culpabilidade ou não do réu:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (BRASIL, 2016).

Os votos favoráveis à revisão da jurisprudência seguiram uma lógica decisiva no sentido de valorização das instâncias ordinárias nas suas prerrogativas principais. É possível notar que os juízes da suprema corte propuseram um corte epistemológico e jurídico importante ao sugerir, a partir do julgamento do HC 126.292, uma atenção maior às funções do ministério público e dos tribunais ordinários onde as sentenças iniciais são prolatadas.

Outro argumento muito utilizado pelos Ministros favoráveis à revisão da jurisprudência, e corroborado pelo ministro Gilmar Mendes, foi a definição dada pela lei da ficha limpa para a possibilidade de inelegibilidade. A referida lei propõe como critério de inelegibilidade, a condenação em segundo grau. Logo, se a própria lei da ficha limpa estabelece como critério de inabilitação política a condenação em segunda instância isto significa, segundo o ministro, que a aplicação do dispositivo da lei já denota que há a formatação da culpabilidade.

Mendes ainda recorre à legislação dos outros países para demonstrar que há uma rigidez maior no que tange ao início do cumprimento da pena, até mesmo no caso do direito alemão, onde se condiciona a exequibilidade da pena ao trânsito em julgado, mas que nos casos de crime grave faz com que o suspeito responda preso (BRASIL, 2016).

O voto do ministro Marco Aurélio Mello, contrário ao relator e, portanto, pela manutenção de jurisprudência, emitiu certos sinais importantes para a discussão, uma vez que o referido magistrado evocou o princípio da autocontenção do poder judiciário como garantia da permanência dos princípios basilares do Estado democrático de direito.

O receio do ministro Mello evidencia a preocupação com a delimitação das prerrogativas do supremo, a fim de que ele não extrapole suas atribuições e reescreva o direito de forma arbitrária, ao sabor da efervescência política. Suas palavras destoaram dos demais votantes, pois seguiu a trilha da advertência e preocupação com os rumos da corte, sendo taxativo na interpretação do texto constitucional, ou seja, negando a possibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Durante a exposição de suas razões o ministro Mello procurou também destacar o caráter garantista da constituição de 88, mais voltada para a expansão dos direitos sociais, do que com a estrutura do Estado. Algumas intervenções do ministro são bem oportunas:

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro (BRASIL, 2016).

Marco Aurélio Mello revela sua preocupação quanto ao momento político conturbado pelo qual o país passava, porém alertando quanto à possibilidade do STF deixar-se enredar no processo político e afastar-se das suas principais atribuições. Não obstante reconheça as deficiências da justiça brasileira (morosidade, ineficiência, seletividade, impunidade, excesso de processos), o ministro reitera seu entendimento quanto à interpretação do princípio da presunção

de inocência. O ministro a duplicidade da manifestação da corte sobre o mesmo assunto ao proferir sentenças diametralmente opostas, algo que pode ser observado no julgamento do HC 84.078/2009.

Em outro trecho do seu voto, Mello faz a seguinte afirmação:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa (BRASIL, 2016).

O magistrado invoca o brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, para asseverar que não cabe exercício interpretativo na avaliação do que diz o artigo 5º, inciso LVIII da constituição e que, portanto não é possível a mudança do entendimento, valendo, pois, a garantia da presunção de inocência e da liberdade do réu até que se esgotem todas as instâncias recursivas.

O ministro Celso de Mello também proferiu voto contrário ao relator e ao verbalizar as razões do seu voto, reforçou o caráter democrático do princípio da presunção de inocência, mostrando que somente os regimes autoritários procuram relativizar ou, até mesmo, desdenhar a importância deste preceito constitucional. Encerrando a discussão, o ministro Ricardo Lewandowski fez a mesma defesa do princípio da presunção de inocência nos moldes da que proferiu o ministro Celso de Mello, ou seja, atentando para a clareza do texto, retirando qualquer possibilidade de interpretação diversa que pudesse contrariar, inclusive, a jurisprudência do próprio tribunal, o qual já havia decidido anteriormente pela defesa da presunção de inocência.

A análise dos argumentos proferidos pelos Ministros do supremo no julgamento do HC 126.292 mostra que, de fato, o contencioso se dirigiu à discussão relativa ao princípio da presunção de inocência, até então visto como livre de qualquer questionamento, ainda que em julgados anteriores o STF tenha optado pelo início do cumprimento da pena após o trâmite nas instâncias ordinárias. Uma das questões que mais chama a atenção neste julgamento diz respeito às inúmeras referências ao desejo da sociedade por uma justiça mais célere, eficiente e que seja capaz de punir a todos, independente das condições econômicas e sociais.

O constante apelo às mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos serviu de parâmetro importante para os Ministros que defenderam a mudança da jurisprudência. Como já foi enfatizado anteriormente, a teoria dos sistemas de LUHMMAN preconiza a possibilidade de que a complexidade sistêmica enseje a possibilidade de assimilação de outros elementos que em determinado momento cause irritações, ocasionando sua incorporação ou rejeição. Neste sentido, as mudanças sociais serviram de parâmetro para se decidir acerca da necessidade de se mudar o entendimento do texto constitucional.

A fala do ministro Gilmar Mendes, por exemplo, percorreu este caminho hermenêutico, evocando a possibilidade da mutação constitucional. A possibilidade acerca da mudança no sentido do texto constitucional, sem alterar sua letra (mutação constitucional) é uma das possibilidades que permitem a assimilação destes elementos que a princípio não se adequam ao sistema. Mas interessante levantar a discussão sobre o grau de participação da sociedade neste processo de mudança na jurisprudência da corte.

A tomada de consciência da sociedade quanto ao combate à corrupção, que teve nas jornadas de junho de 2013 um capítulo importante, vem reacendendo a discussão sobre o grau de efetividade, organização e participação da sociedade civil nas principais decisões políticas do país. Os efeitos provocados pela Operação Lava Jato, que expôs à luz do dia as relações antirrepublicanas entre o Estado e determinados setores da iniciativa privada, motivou o surgimento de várias frentes de combate à corrupção e, principalmente à impunidade.

Mas, o que mais chama a atenção neste desencadeamento de fatores é o papel exercido pelo poder judiciário, o qual tem assumido o papel de protagonista quase plenipotenciário, da virada paradigmática operada na sociedade em relação ao combate a corrupção e a impunidade.

Nesse seguimento, vale à pena recordar as lições de Häberle (2002) a respeito da mutação constitucional no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes. De acordo com o eminente jurista alemão, os critérios para a interpretação da norma constitucional não devem estar restritos apenas aos juristas, tampouco, unicamente às cortes constitucionais e todos aqueles envolvidos neste processo, pois, isto configura a atuação de uma sociedade fechada. Para Häberle,

as regras de interpretação devem contemplar o processo de pluralidade que marca a sociedade contemporânea, entendida como sociedade aberta:

Não se conferiu até aqui maior significação à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito mais amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isso já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados (HÄBERLE, 2002, p. 11).

Ao se fixar de maneira irredutível “na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados”, a teoria da interpretação constitucional acabou desconsiderando a força de construção normativa dos outros atores que atuam na sociedade contemporânea, a qual se configura como uma “sociedade aberta de intérpretes”. Isto não quer dizer que qualquer indivíduo que se disponha a discorrer sobre questões constitucionais seja considerado um intérprete válido, mas apenas a compreensão de que o sistema jurídico não pode fixar-se em si mesmo, desconsiderando os outros atores sociais que são capazes de qualificar-se para a tarefa de ressignificação e redirecionamento da interpretação constitucional. E quem são estes atores a quem pode se atribuir a incumbência de coparticipar do processo hermenêutico? A este respeito Häberle esclarece o seguinte:

Estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com ‘*numerus clausus*’ de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 13).

A vinculação dos órgãos públicos, bem como dos atores que compõem a sociedade civil organizada estão imbricados na tarefa interpretativa, ainda que o ato formal de reinterpretação do texto constitucional ocorra num tribunal específico, ladeado por Ministros devidamente nomeados para esta tarefa. Na sociedade aberta, prossegue Häberle, tomam parte apenas:

Os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünfmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 2002, p. 13).

O vínculo da sociedade pluralista com o processo de construção de uma interpretação constitucional aberta, é o elemento que marca a possibilidade de introduzir no sistema a participação sistemática da sociedade civil como forma de balizar o aumento progressivo do poder decisório dos juízes e tribunais nas democracias contemporâneas, sujeitas ao ativismo judicial. Estas questões ainda não estão muito bem esclarecidas no caso brasileiro, sobretudo, no que concerne ao problema da mudança de entendimento do STF em relação ao princípio da presunção de inocência.

O elemento que causou uma fissura no entendimento contrastante do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente Lula, que foi alvo de uma intensa polêmica a respeito do alcance e aplicação do princípio da presunção de inocência e que ainda produz muitos confrontos devido ao vínculo deste caso com o processo eleitoral e com a crise política com a qual a sociedade brasileira tem convivido ao longo destes últimos quatro anos. No próximo capítulo, será analisado o julgamento desse *Habeas Corpus*, concentrando a análise nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

6 O JULGAMENTO DO HC 152.752

Após a análise do voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, discute-se neste momento os desdobramentos jurídicos e políticos da decisão proferida pela suprema corte brasileira neste julgamento que, em seu acórdão, modificou a jurisprudência a respeito da presunção de inocência, permitindo o início do cumprimento da pena após a condenação em segundo grau.

Um dos efeitos políticos desta decisão, e o que causou maior repercussão e polêmica, foi a prisão do ex-presidente Lula, acusado de receber propina da OAS como parte de acertos do PT em contratos da Petrobrás, o qual teriam favorecido a empreiteira. A quantia (R\$ 3,7 milhões) corresponderia à reserva de um triplex no Guarujá, com as devidas benfeitorias feitas no imóvel.

Em julho de 2017, o juiz Sérgio Moro, da 13ª vara federal de Curitiba, pronunciou sua sentença, condenando o ex-presidente a nove anos e meio de prisão em regime fechado, podendo recorrer da decisão em liberdade, contudo sua defesa recorreu da sentença. O julgamento do recurso ocorreu seis meses depois, oportunidade em que a 8ª turma do Tribunal Regional Federal da quarta região (TRF 4), por unanimidade, não só decidiu manter a condenação, mas também decidiu ampliar a pena do réu para doze anos e um mês de prisão, com início em regime fechado. Ciente da mudança na jurisprudência em relação à prisão após condenação em segunda instância, a defesa entrou com um pedido de *Habeas Corpus* preventivo no Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar que o ex-presidente começasse a cumprir a pena em regime fechado.

O julgamento do *Habeas Corpus* ocorreu em abril deste ano e foi objeto de um intenso debate acerca do princípio da presunção de inocência. A maioria dos Ministros do Supremo negou o pedido da defesa do ex-presidente, rejeitando o *Habeas Corpus* e abrindo o caminho para o início do cumprimento da pena, o que de fato veio a ocorrer.

Entretanto, o caminho percorrido entre a votação do HC 126.292, que mudou o entendimento da corte, e a rejeição do HC interposto pelos advogados do ex-presidente, foi marcado por grandes disputas jurídicas. A principal delas envolveu a mudança de entendimento do STF.

Parte do mundo jurídico e político, incluindo também frações da sociedade civil, comemorou o resultado da votação do HC 126.292. Os membros do ministério público, principalmente os juízes e promotores que estão à frente das investigações da operação lava jato, consideraram a decisão do supremo um grande avanço para a sociedade, no que diz respeito ao combate à corrupção, uma vez que a partir daquele momento, as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias passariam a ter efeito prático, evitando a interposição quase infinita de recursos às cortes superiores, que contribuía para a lentidão dos processos, favorecendo sua prescrição.

Mas a recepção positiva não foi unânime, visto que setores do judiciário, políticos e parte da sociedade civil organizada teceu duras críticas à mudança de entendimento proposto pelo Supremo Tribunal Federal no caso do HC 126.292. Como consequência, e inconformados com a decisão do tribunal, o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) entraram com duas ações diretas de constitucionalidade no STF, questionando a mudança de entendimento da corte e exigindo o retorno ao entendimento anterior, expresso no HC 84.078, quando os Ministros da casa decidiram que o início do cumprimento da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado. As ADC'S (ações diretas de constitucionalidade) foram propostas em maio de 2016, ou seja, três meses após o julgamento do HC 126.292.

De forma geral, tanto a ADC 43, quanto a ADC 44 solicitavam que o supremo reconhecesse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com sua nova redação inserida na lei 12.403/11, o qual definia que o início do cumprimento da pena só pode ocorrer após o trânsito em julgado. A Ação Direta de Constitucionalidade 43 (ADC 43) foi protocolada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN).

O partido questionou a insegurança jurídica provocada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, e solicitou medida cautelar reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja nova redação ficou configurada desta forma:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Esta nova redação do Código de Processo Penal, segundo a petição do Partido Ecológico Nacional obedeceu a orientação trazida pelo julgamento do HC 84.078/2009, quando o STF, mudando uma orientação que prevalecia em anos anteriores, definiu que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado.

Ora, a mudança no artigo do Código de Processo Penal ocorreu no ano de 2011. Em 2016, os Ministros da corte julgam o HC 126.292 e mudam novamente o entendimento da corte definindo que a condenação em segunda instância já enseja o início do cumprimento da pena. De acordo com a petição do partido, o STF fez esta alteração sem analisar a modificação do artigo 283 do CPP, que entrava em choque com a decisão proferida no caso do HC 126.292, de 2016, conforme um dos trechos da petição, reproduzido abaixo:

Todavia, a retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão. Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênua, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292.⁷

O partido alega, pois, em sua petição, a incompatibilidade entre a decisão proferida no julgamento do HC 126.292 e a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal. Seguindo o exemplo do Partido Ecológico Nacional (PEN), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também protocolou no Supremo Tribunal Federal uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC 44.

Esta ação tem como base o mesmo princípio contestatório da Ação interposta pelo Partido Ecológico Nacional, a saber, o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, no qual se defende o paradigma da presunção de inocência, com autorização da prisão somente após o trânsito em julgado.

⁷ Petição do Partido Ecológico Nacional sobre Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43

Em sua petição inicial, a OAB enfatizou que a mudança de entendimento do Supremo no caso do HC 126.292 gerou uma situação de aporia, uma vez que não teceu considerações a respeito do artigo 283 do Código de Processo Penal, instalando também um clima de insegurança jurídica, a qual poderia ser atestada pela enorme quantidade de prisões que passaram a ser decretadas após a condenação em segunda instância, ferindo assim o disposto no artigo 283, do Código de Processo Penal.

De acordo com a petição, o argumento (utilizado pelos Ministros que defenderam a mudança do entendimento da corte) de que em nenhum país do mundo a sentença prolatada pelo órgão de segunda instância fica à espera da decisão do STF para ser executada, carece de consistência, pois omite a informação de que a carta constitucional destes países não prevê o princípio da presunção de inocência, como ocorre com a constituição de 88. Ao examinar esta questão, os autores da petição ressaltam o caráter garantista da constituição brasileira em relação às cartas constitucionais dos outros países, algo sobre o qual “devemos nos ufanar”.⁸

A pressão exercida pelas ADC'S fez com que de fato fosse questionada a mudança de entendimento da corte em relação ao início do cumprimento da pena. O julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade teve um percurso bastante tempestivo no tribunal. O relator das ações foi o ministro Marco Aurélio Mello, que deu parecer favorável, solicitando que a corte revisse seu entendimento, fazendo com que retornasse a decisão proferida no HC 84.078/2009. O ministro entrou com medida cautelar para que as Ações Diretas de Constitucionalidade fossem efetivadas o mais rápido possível, mas em outubro de 2016, o pleno do supremo indeferiu o pedido de medida cautelar. O acórdão com a decisão da corte foi publicado em março de 2018. Em seu voto, o ministro Edson Fachim, rejeita o pedido de medida cautelar, afirmando que:

Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.⁹

⁸ Petição da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sobre Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44.

⁹ Acórdão das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC'S)

Como se pode ver, o ministro Fachim alegou não haver contradição entre o que prescreve o artigo 5º, inciso LVII da constituição, o artigo 283 do Código de Processo Penal e a execução da pena após a condenação em segunda instância. O ministro enfatizou não ser possível retornar ao entendimento anterior, pois isto resultaria numa atitude inapropriada às funções que a mais alta corte do país deve exercer segundo o que preceitua a constituição.

A maioria dos Ministros votou, pois, pelo indeferimento da medida cautelar. Votaram contra o parecer do ministro Fachim os Ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Dias Toffoli. Após o julgamento da medida cautelar, o ministro Marco Aurélio Mello liberou para julgamento o mérito das ADC'S. Durante o primeiro semestre deste ano, a então presidente da casa, a ministra Carmen Lúcia, não colocou em julgamento para a apreciação do plenário, o mérito das ADC'S.

A ministra já foi substituída na presidência pelo ministro Dias Toffoli, que ainda não se pronunciou de forma definitiva a respeito do prazo para a apreciação desta matéria pelo pleno da casa. Entretanto, o clima de tensão política que o país atravessa, contribui para gerar incômodos em relação à demora do supremo em pautar o julgamento do mérito das ADC'S. Há uma percepção em vários setores da sociedade de que o supremo ainda não pautou este julgamento para não alterar a situação do ex-presidente Lula, que se encontra preso em Curitiba, após ser condenado em segunda instância e sofrer os efeitos da mudança de entendimento da corte no caso do julgamento do HC 126.292.

O caso do ex-presidente é o que mais tem suscitado o debate sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Segundo os defensores da candidatura do ex-presidente, o Supremo Tribunal Federal age em parceria com as forças antidemocráticas para impedir que Lula seja candidato e derrote consórcio golpista, que retirou a então presidente Dilma Rousseff com um processo de impeachment marcado pela falsa acusação de crime de responsabilidade.

A prisão do ex-presidente Lula, que tem gerado um intenso embate político, só foi possível graças à mudança no entendimento da corte em relação à prisão em segunda instância. Esta tensão ficou bastante explícita quando no início de abril deste ano, o plenário do supremo julgou um pedido de *Habeas Corpus* preventivo interposto pela defesa do ex-presidente.

O julgamento, realizado no dia 04 de abril, durou mais de dez horas e foi marcado novamente pela discussão a respeito do significado da presunção de inocência, segundo o que preceitua a constituição. Por seis votos a cinco o plenário rejeitou o pedido de *Habeas Corpus* preventivo. O voto de desempate foi adido pela então presidente da corte, ministra Carmen Lúcia.

O que chamou a atenção na votação foi à mudança de postura de dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber. Mendes, antes um defensor da mudança no entendimento da corte em relação a prisão em segunda instância, mudou seu entendimento afirmando, dentre outras coisas, ter havido precipitação e açodamento no julgamento do HC 126.292 e no acórdão das ADC'S.

Já a *Habeas Corpus* ministra Rosa Weber, que havia se posicionado de modo favorável às ADC'S, entendendo que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado, negou o pedido de *Habeas Corpus*, alegando que preferia votar com o entendimento do colegiado, embora se mostrasse favorável ao mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade. Votaram pelo indeferimento do, os Ministros Edson Fachim (relator), Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Carmen Lúcia. Votaram pela concessão do *Habeas Corpus* os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

O ministro Marco Aurélio de Mello chegou a fazer algumas manobras regimentais no sentido de colocar na pauta da casa o julgamento do mérito das ADC'S, mas a presidente da corte ministra Carmen Lúcia, modificou a pauta e passou a julgar o *Habeas Corpus* 152.752, do ex-presidente Lula, deixando a discussão do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade para outra oportunidade. Passa-se agora à análise dos votos dos Ministros no julgamento do HC 152.752.

O ministro-relator Edson Fachim procurou concentrar seus argumentos na problemática da ilegalidade e do abuso de poder. Para isto, citou o art. 5º, inciso LXVIII, que fala sobre a concessão de *Habeas Corpus*, onde se diz que “conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

Na sequência de seu voto, o ministro Fachim alega que não houve ilegalidade e tampouco abuso do Superior Tribunal de Justiça quando negou o pedido de *Habeas Corpus* impetrado pelos advogados do ex-presidente. Segundo Fachim, o tribunal apenas conferiu legitimidade ao julgamento da segunda instância, que havia confirmado a sentença proferida pela vara federal de Curitiba, tendo, pois, este tribunal a prerrogativa de negar os embargos declaratórios oferecidos pela defesa.

O relator ainda citou em seu voto o artigo 926 do Código de Processo Civil, o qual versa que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O ministro citou este artigo do Código de Processo Civil para reforçar a decisão tomada pela corte após o julgamento do HC 126.292, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual vinha negando, sucessivas vezes, vários pedidos de *Habeas Corpus* que eram encaminhados ao pleno da corte.

Dentro desses aspectos, o magistrado enfatizou a necessidade de seguir a jurisprudência firmada pela própria casa, a fim de evitar uma anarquia jurídica decorrente da mudança contínua das decisões firmadas pelo próprio tribunal. Portanto, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça seguiram a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o que está de acordo com a prática de se respeitar a instância máxima do país.

É interessante registrar um trecho do voto do ministro Fachim, onde ele faz uma alusão ao possível julgamento das ADC'S, acentuando a possibilidade de, novamente, haver uma alteração na jurisprudência da casa, o que significa validar o início do cumprimento da pena só após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal como fora decidido no julgamento do HC 84.078 de 2009. Transcreve-se abaixo a palavras do Ministro:

Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte. Portanto, não verifico justificativas teóricas ou práticas, jurídicas ou fáticas, que autorizem a censura do ato apontado como coator (BRASIL, 2004).

O ministro reconhece em seu voto que o julgamento do mérito das ADC'S pode provocar uma nova mudança no entendimento da casa acerca da prisão após a condenação em segunda instância.

Apesar de o julgamento ater-se especificamente ao caso do ex-presidente, o ministro acaba trazendo o debate acerca da presunção de inocência, alegando novamente que o início da execução provisória da pena não fere o princípio constitucional contido no artigo 5º, inciso LVII da carta magna.

Como nos julgamentos anteriores, o magistrado aduz novamente à morosidade da justiça brasileira, citando casos em que o Estado brasileiro foi condenado por cortes internacionais, dentre outras coisas, por “violação à garantia de uma duração razoável nas investigações” de vários casos em que os criminosos não foram punidos por causa do efeito da prescrição dos processos. Novamente, o ministro alega que os recursos especiais não têm efeito suspensivo. Ao final, profere seu parecer denegando o *Habeas Corpus* (BRASIL, 2004).

O ministro Gilmar Mendes proferiu um voto contrário ao relatório do ministro Edson Fachim. Mendes, que havia votado a favor da mudança do entendimento da corte no julgamento do HC 126.292, reorientou sua atuação em sentido inverso ao que foi acordado em 2016, quando o princípio da presunção de inocência foi relativizado pela maioria dos Ministros da casa. Para justificar seu voto contrário no caso do HC do ex-presidente Lula, Gilmar Mendes afirmou que a mudança no entendimento da corte, após o julgamento do HC 126.292, significava a possibilidade de se iniciar o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, mas não sua obrigatoriedade. O magistrado afirmou em seu voto que considerava inapropriada a atitude das instâncias inferiores, as quais estavam aplicando automaticamente o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância:

Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida (BRASIL, 2018).

A principal observação feita pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto foi relacionada à questão da obrigatoriedade da aplicação imediata da pena após a decisão proferida pelas instâncias ordinárias. Mendes critica então a utilização deste

expediente por todas as cortes, sem atentar para a especificidade de cada caso. Tal regra não pode desenvolver-se, prossegue o ministro, com base na “fórmula de tudo ou nada” (BRASIL, 2018).

Consequentemente, o que era “possibilidade virou obrigação” (BRASIL, 2018), fazendo com que em muitos casos, após a votação do HC 126.292, tivessem ocorrido prisões ilegais, pautadas na pressuposição de que a mudança no entendimento significava a automática aplicação da pena após a condenação em segunda instância e não sua possibilidade, como alegado pelo ministro em seu voto. Mendes ainda enfatizou o entendimento do ministro Dias Toffoli, de que a execução da pena deveria esperar o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, por ser a instância capaz de “corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena” (BRASIL, 2018).

Mendes ainda ressalta que se o trânsito em julgado é a regra de nosso ordenamento jurídico, pois, ele pode ser relativizado observando-se, por exemplo, a gravidade dos crimes. Isto pode ser um motivo suficiente para a aplicação do início da pena. Ao final do seu voto, o ministro Gilmar Mendes concedeu parcialmente a ordem de *Habeas Corpus*, afirmando que o início da sentença pode esperar a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto favorável ao relatório do ministro Edson Fachin, Alexandre de Moraes destacou que desde a promulgação da constituição de 88 até a votação do HC 84.078, que validou o trânsito em julgado, e do HC 126.292, que relativizou o princípio da presunção de inocência, o STF já havia julgado vários casos nos quais o *Habeas Corpus* fora denegado, resultando no início do cumprimento da pena. De acordo com o magistrado, este dado já demonstra de forma suficiente que o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não enseja nenhuma ilegalidade. Ao contrário, apenas confirma a tendência da corte para firmar jurisprudência favorável à relativização do princípio da presunção de inocência.

O ministro Luís Roberto Barroso também votou com o relator, alegando inicialmente que o Supremo Tribunal Federal não pode ser visto como uma instância revisora do processo, avaliando provas e fatos, a fim de se construir uma sentença. Esta tarefa cabe, segundo o ministro, às instâncias ordinárias.

Citando novamente o artigo 637 do Código de Processo Penal, Barroso argumentou que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, não impedindo, pois, o início do cumprimento da pena. O ministro reiterou os argumentos proferidos no julgamento do HC 126.292. Dentre eles, a jurisprudência da casa, que em vários julgados havia se posicionado favoravelmente ao início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância.

Barroso destacou novamente a questão da mutação constitucional, enfatizando a mudança da realidade social e da compreensão do direito. Barroso ainda reforçou os problemas decorrentes do trânsito em julgado para a justiça brasileira, a saber, a inserção quase infinita de recursos para procrastinar o processo e a seletividade de justiça, uma vez que as pessoas de condição financeira precária não têm como contratar um advogado para que ele possa recorrer de forma contínua às instâncias recursais.

Tudo isto contribui, segundo o ministro, para o descrédito do sistema penal brasileiro (BRASIL, 2018). Após passar em revista vários casos em que a justiça brasileira deixou de punir os culpados de determinados crimes, o magistrado elencou em seu voto três princípios jurídicos que no seu entender mostram a necessidade de se relativizar o princípio da presunção de inocência.

Em primeiro lugar, Barroso reafirma que a “ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita da autoridade competente”. Para fundamentar sua afirmação, o ministro cita o inciso LXI do artigo 5º da constituição, o qual prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Em segundo lugar, segundo Barroso, “a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais”. Como terceiro princípio jurídico, Barroso atesta que “depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime, a execução da pena é uma exigência de ordem pública, para preservação da credibilidade da justiça” (BRASIL, 2018).

O ministro Luiz Fux também alegou em seu voto que não cabe ao supremo decidir sobre *Habeas Corpus* no caso específico do ex-presidente Lula, uma vez que as instâncias ordinárias já haviam procedido ao recolhimento de provas e à

confirmação de fatos, cabendo ao Supremo Tribunal federal decidir apenas da constitucionalidade da prisão após a condenação em segundo grau. Fux ainda defendeu o respeito à jurisprudência da corte, quando esta modificou o entendimento acerca do início do cumprimento da pena, o que já havia ocorrido no caso do julgamento do HC 126.292.

Contra os que propõem a interpretação literal do artigo 5^a, inciso LVII da constituição, Fux vai contrapor a interpretação sistemática do texto constitucional, ou seja, o referido artigo não pode ser interpretado a partir de si mesmo, mas levando em consideração todo o arcabouço jurídico que versa sobre a culpabilidade e a execução da pena.

Neste sentido, alerta o ministro, a própria constituição, no seu artigo 5^o, inciso LXI, onde diz que ninguém será preso senão em “flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. O ministro Luiz Fux ainda se reportou em seus argumentos à crise do sistema representativo brasileiro, e o “anseio da população pela efetividade do direito penal, não em uma dimensão meramente punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social” (BRASIL, 2018).

Em seu voto, a ministra Rosa Weber seguiu a jurisprudência da corte, assentindo em seguir a decisão do colegiado, que já havia se manifestado favorável à prisão em segunda instância. Apesar de reconhecer a importância das ADC’S no julgamento da constitucionalidade da presunção de inocência, a ministra cedeu à decisão de seus pares conforme a jurisprudência anterior. Os Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli votaram contra o relatório do ministro Fachin e, obviamente, pelo acolhimento do *Habeas Corpus*. De forma geral estes Ministros defenderam a tese de que a presunção de inocência é um princípio fundamental da Carta Magna e que não pode ser modificado de qualquer forma, principalmente a pretexto do combate à corrupção.

A ministra Carmen Lúcia, presidente da corte à época da votação concluiu o julgamento votando a favor do relatório do ministro Edson Fachin, salientando que a espera pelo trânsito em julgado favorece a impunidade. A ministra ainda destacou sua coerência nesta matéria, alegando que nas votações anteriores sempre tinha se posicionado a favor da revisão do entendimento da corte nesta matéria.

Como se pôde ver, os Ministros expuseram seus votos através não apenas de argumentos jurídicos propriamente ditos, mas também através de considerações meta-jurídicas, sobretudo, quando entronizavam no debate a necessidade de se dar uma resposta efetiva à sociedade no que diz respeito ao combate à corrupção e à efetividade do poder judiciário na punição aos que cometem atos delituoso e que precisam de uma resposta célere do poder judiciário.

Mas aqui se adentra novamente nas questões que se referem à relação entre direito e política, uma vez que o julgamento do HC do ex-presidente esteve envolto em várias polêmicas que dizem respeito à atuação política do Supremo Tribunal Federal para retirar Lula da disputa presidencial, o que denotaria uma atitude motivada mais por questões políticas do que jurídicas.

Chama a atenção neste caso, por exemplo, a tentativa do Partido Ecológico Nacional (PEN) de retirar o pedido de liminar para julgar a ADC 43 de sua autoria. Este pedido dos representantes do partido ocorreu logo após a prisão do ex-presidente Lula. Após o julgamento que rejeitou o *Habeas Corpus* de Lula, o ministro Marco Aurélio se dispôs a apresentar as Ações diretas de Constitucionalidade para serem apreciadas pelo plenário da corte, o que poderia beneficiar o ex-presidente, contribuindo para a sua soltura.

Mas o partido que havia proposto a ADC retira o pedido num momento importante do ponto de vista político. Fatos como estes demonstram a possibilidade de a política interferir no direito e vice versa. E aqui novamente é entronizada a questão do papel da constituição

O sistema jurídico, com a constituição, torna-se mais flexível, pois é possível uma aprendizagem através de elementos procedimentais previstos na própria constituição. Assim a Constituição, como aquisição evolutiva, permite uma maior complexidade ao sistema.

Mas um dos grandes desafios na contemporaneidade é o de como manter e trabalhar essa aquisição evolutiva da forma mais produtiva possível, levando em conta o pluralismo que existe na sociedade complexa e contingente, e que se traduz na tensão entre liberdade e igualdade. No entanto, o julgamento dos HC'S que ensejaram entendimentos diferentes no Supremo Tribunal Federal, teceu novos e complexos mecanismos de tensão entre o direito e a política.

A discussão referente à presunção de inocência balizou este conflito. Após o julgamento do HC 126.292, que mudou o entendimento da corte, referendado pela posição dos Ministros em relação ao *Habeas Corpus* do ex-presidente a discussão a respeito da presunção de inocência ganhou destaque no mundo jurídico e político.

A este respeito, é importante lembrar que muito antes disso, em relatos encontrados no século XVIII, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em plena revolução Francesa, já se previa o princípio da presunção de inocência como fundante para estados democráticos.

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi (TOURINHO FILHO, 2014, p. 90).

Tanto é verdade que antes da Constituição de 88 o princípio da não-culpa não era positivado que a doutrina descreve:

Era o mesmo pensamento que vigorava nos séculos XIV à XVIII, quando se dizia que o réu era um objeto de investigação e não um sujeito de direito, quando reinava o processo inquisitivo e com ele os interrogatórios sugestivos, a tortura para se conseguir a confissão, a presunção de culpa. Mas, desde o quartel do século XVIII, séculos das luzes, ou iluminismo, com as obras de Beccaria, Rosseau, Diderot, D' Alembert, Voltaire, Montesquieu, a declaração dos direitos do homem, proclamada em Paris, em 26-8-1789, tudo mudou. E o Marquês de Beccaria, pasmem, em 1764, data da pequena grande obra "Dos delitos e das penas, denominada por Voltaire 'o código da Humanidade", dizia: "O acusado não deve ser preso senão na medida em que for necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime (Dos delitos e das penas, trad. Paulo M. Oliveira, São Paulo, Atena, 1954, p. 106). E hoje toda a doutrina, nacional e estrangeira, proclama não poder haver, em face da consagração do princípio da presunção de inocência, nenhuma antecipação da pena. A prisão provisória só se justifica se for necessária. E ela o será apenas em duas hipóteses: para preservar a instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal (TOURINHO FILHO, 2014, p. 93).

Neste sentido, também menciona o renomado constitucionalista português, José Afonso da Silva:

(...) Existiu em Roma, como há na Inglaterra, uma só autoridade legislativa, cujas disposições têm todas a mesma força, como distinguir as que se referem à estrutura geral do governo das que encerram os pormenores da Administração, ele mesmo responde á indagação, declarando que , estritamente falando não houve Constituição Romana, como tampouco esta constituição Britânica, ou seja não existem leis que de maneira definitiva podem ver consideradas como leis fundamentais e definidoras e distribuidoras dos poderes do governo, à maneira de criar autoridades públicas e os direitos e liberdades cívicos ? Demos o nome de Constituição do Estado Romano, como chamamos hoje Constituição inglesa, a um conjunto de precedentes guardados na memória dos homens ou confiados à escrita: de pareceres de juristas e estadistas; de costumes, uso, acordos e crenças apoiadas nos métodos de governo, juntamente com determinado número de estatutos (SILVA, 2014, p. 94-95).

Nesta obra, observa-se que não havia na Roma antiga previsão expressa da presunção de inocência. Ela não era objetivamente conhecida como é atualmente. Contudo, de lá até o início de 2016 os penalistas nacionais pensavam diferente do que o sistema jurídico veio a modificar com a decisão no HC 126.292/2016.

Conclui-se que não há densos trabalhos nas plataformas escolhidas, sobre as modificações de entendimentos do princípio da presunção de inocência no âmbito da Suprema Corte brasileira. Acredita-se que tal circunstância se dá devido a atualidade de tal mudança. Todas estas questões colocam um ponto de interrogação em relação à segurança jurídica necessária que a sociedade busca.

Isso porque é necessária certeza do momento exato de início de cumprimento de pena pelo réu. Entretanto, como não foi declarado o momento exato que o delinquente deve recolher-se a prisão para cumprimento de pena pela suprema corte brasileira, ocorrem as divergências.

Percebeu-se que, apenas em 1988, com a promulgação da Carta Magna, o princípio da presunção de inocência foi positivado. Passando, após isso, a norma aplicação clara, objetiva e segura, interferindo em um dos direitos mais importantes que a humanidade dispunha. A decisão proferida no julgamento do HC 126.292/2016 ainda provoca certo desconforto, pois enseja mudanças que suscitem uma interpretação ambígua da Constituição Federal de 1988.

Por fim, vislumbra-se a dificuldade de se estabelecer uma linearidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal. É possível que se tenha, em um curto período de tempo, decisões dispares sobre a mesma norma axiológica fundante, que deveriam proteger direitos fundamentais sublimes. Dai a necessidade de se fortalecer as instituições democráticas.

O fortalecimento das instituições relacionadas ao judiciário tem demandado uma atuação cada vez mais larga dos juízes, expandindo suas ações e criando na sociedade uma grande expectativa quanto à funcionalidade deste poder e sua capacidade de corrigir as distorções do sistema representativo. A grande questão diz respeito aos efeitos deste alargamento da atuação do judiciário *vis à vis* o processo de esgotamento do modelo representativo, que foi herdado do liberalismo clássico. Mas estas questões requerem um aprofundamento posterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta dissertação, foi se construindo um entendimento acerca da relação entre direito e política. As possíveis aproximações entre estes dois subsistemas sociais foram feitas levando em consideração a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, que reconhece o alto grau de complexidade das sociedades, uma vez que a sua estrutura não é composta apenas de indivíduos que cumprem regras fixadas pelas instituições.

A dicotomia sociedade/indivíduo, presente nas teses clássicas das ciências sociais limita a compreensão do analista social, e aqui incluo o estudioso do direito, fazendo com que o enfoque da análise se detenha unicamente na determinação do grau de influência das estruturas sobre os comportamentos individuais, como se os dois polos se comportassem como compartimentos estanques.

Luhmann rompe com este dualismo introduzindo o conceito de autopoiesis, da escola biológica de Varela e Maturana, o qual se refere ao processo de auto reprodução dos seres vivos. Aplicado ao estudo dos sistemas sociais, a autopoiesis denota o processo pelo qual as constantes conversas e processos comunicacionais que se verificam entre os indivíduos, que compõem o ambiente, produzem novos significados, os quais serão incorporados ao grande sistema, iniciando um novo processo de construção de novos sentidos a partir dos já estabelecidos e incorporados pelo sistema.

Como a sociedade é a totalidade e infinidade das comunicações que se processam entre os indivíduos, ela se reproduz incorporando ou rejeitando novos códigos que, por sua vez interferem na aceitação ou rejeição dos códigos pré-estabelecidos.

Compreender a sociedade como um sistema autopoietico formado pela totalidade das comunicações implica compreendê-la enquanto produtor e produto, ou seja, como o agente criador de sentido e, ao mesmo tempo, afetada pelas constantes ressignificações produzidas nos intercâmbios mediados pela comunicação.

Essas discussões da teoria luhmanianna voltam-se em determinado momento dos seus escritos para a discussão a respeito das relações entre o direito e a

política. Em sua teoria, os sistemas jurídico e político estão autopoieticamente organizados. Isto significa que eles se reproduzem através dos seus próprios elementos, possuindo seus códigos específicos, com os quais podem reforçar suas estruturas de significado.

O sistema jurídico se reproduz através da codificação lícito/ilícito. O político opera a partir dos códigos governo/oposição. O processo reprodutivo destes sistemas também se vale de alguns recursos que reforçam não apenas suas operações, mas também seus sistemas de sinais. No caso do sistema do direito existem as leis, a constituição, a jurisprudência. Já o sistema político conta com o processo eleitoral, a atividade parlamentar e a burocracia estatal.

Estes sistemas operam de forma independente do ambiente e entre si, não permitindo que os elementos codificados de determinados subsistemas fundamentam e determinam suas atividades. Mas isto não significa que não haja um intercâmbio entre os diversos elementos que compõem o ambiente (marcado, sobretudo pela comunicação).

A dinamicidade das relações produz determinados intercâmbios, produzindo, por sua vez irritações nos sistemas. Estes incômodos ou são rejeitados ou absorvidos, passando a ser referenciados a partir do sistema do qual foi incorporado. As informações lidas e codificadas pelo ambiente acarretam a autor reprodução dos sistemas sem que estes se confundam entre si.

Há uma filtragem seletiva, onde determinados elementos são incorporados e outros descartados. Mas isto ocorre de forma contínua no constante fluxo de operações linguísticas, fazendo com que o não de hoje, se transforme no sim, de amanhã, de tal forma que o lícito pode ser compreendido em outro momento como lícito. Essas relações assumem na modernidade um caráter cada vez mais intenso, principalmente no caso da relação entre o sistema jurídico e o sistema político, os quais são mediados pela constituição.

Considerada por Marcelo Neves como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna, cuja finalidade é exercer o papel de limitadora do poder governamental, a constituição se estabelece para determinar a diferença entre os subsistemas político e jurídico. Ela é ao mesmo o fator e o produto desta diferenciação sistêmica.

O problema que foi objeto de discussão ao longo destas páginas diz respeito à tese luhmanianna, segundo a qual a constituição aparece como um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Isto permite que haja influências recíprocas entre ambos, filtradas pela própria constituição, permitindo que estas ingerências não resultem na desagregação de ambos os sistemas, conservando sua independência e reforçando, por sua vez, seus códigos e elementos constitutivos.

Assim sendo, tanto o direito quanto a política voltam-se para seus próprios instrumentos orientadores, mediados pelas regras que estão presentes nos códigos constitucionais, assim como os pressupostos da interpretação destes dispositivos legais contidos na lei suprema da nação.

Além de permitir a diferenciação sistêmica, a constituição é compreendida como um elemento próprio da autoreprodução de cada um dos sistemas. Desta forma, é possível evitar que elementos de natureza moral venham influenciar nas decisões jurídicas, do mesmo modo que a política, através acoplamento estrutural representado pelas normas constitucionais, insere o código lícito/ilícito para impedir que os interesses particulares dirijam suas decisões.

Entretanto, esta relação assume uma conotação problemática nestes tempos de crise do paradigma da modernidade, conforme foi esgrimido ao longo deste trabalho. O deslocamento do centro das decisões políticas, antes concentrado nos parlamentos e na esfera do poder executivo e hoje cada vez mais entregue ao poder judiciário, tem operado mais que um acoplamento entre subsistemas diferentes.

A experiência contemporânea traduz o esvaziamento da política enquanto centro decisional, afetando não apenas a credibilidade dos atores que atuam neste jogo de confrontação e poder, como também privilegiando cada vez mais a atuação dos juízes, cortes, instâncias judiciais, que ocupam o papel antes atribuído à política. Isto pode ser percebido a partir das discussões a respeito do ativismo judicial, tema que vem sendo objeto de interesse em diversos trabalhos acadêmicos, assim como nos debates públicos que versam sobre o esgotamento do modelo democrático representativo liberal.

O descrédito em relação à política expõe a fissura entre as demandas da sociedade e a real capacidade do sistema de responder a tais exigências, seja por obsolescência das práticas, seja porque os mecanismos de atuação têm sido

pautados por atitudes consideradas reprováveis, como a prática da corrupção, por exemplo. Neste cenário, o judiciário acaba assumindo a função de representante dos anseios da sociedade, respondendo aos questionamentos que lhe são colocados na esfera pública e que não encontram no parlamento respostas à altura destes problemas.

Por outro lado, o sistema político continua dialogando com os códigos jurídicos, ao mesmo tempo em que ocorre o inverso: o direito apela muitas vezes para elementos morais, além de justificações, a fim de fundamentar seus procedimentos. Foi o que se pôde observar ao analisar a discussão a respeito da relativização do princípio da presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Se à luz das teorias de Luhmann é possível compreender as reviravoltas que se processaram no Supremo Tribunal Federal, em relação ao que diz a carta magna, também é necessário ressaltar que a própria noção de independência dos sistemas encontra-se turvada ante a constante pressão política para diminuir o poder dos tribunais.

A reação do sistema jurídico, sobretudo, se faz notar, na medida em que busca estratégias legais e formais de controlar a atuação dos agentes políticos. O julgamento dos *Habeas Corpus* que colocaram na pauta do debate nacional a temática da presunção de inocência expôs esta relação conflituosa. Em alguns momentos, os argumentos jurídicos cederam espaço para as considerações de ordem moral (a necessidade de restaurar a honestidade na política), com forte apelo ao protagonismo da sociedade civil (é necessário ouvir o clamor da sociedade).

Não obstante as tentativas de dar legitimidade às decisões da alta magistratura, a questão continua em aberto. É de se acreditar que a temática da relativização da presunção de inocência ainda será alvo de muitos debates e controvérsias, quer no âmbito jurídico, quer nos meios acadêmicos. O conturbado cenário político pelo qual o Brasil atravessa enseja a possibilidade de algumas reviravoltas em termos da atuação do Supremo Tribunal Federal na determinação da jurisprudência em relação ao trânsito em julgado. Isto não quer dizer que elas necessariamente ocorrerão, apenas que os embates ideológicos ora encampados pelos atores políticos possuem um grande potencial de influenciar a tomada de decisões acerca da introdução de novos entendimentos do texto constitucional.

Em que medida, o resultado eleitoral ou a mudança na presidência do STF se vai poder acelerar este processo, ainda é uma incógnita, e não é possível fazer nenhum prognóstico preciso em relação aos rumos que esse debate irá tomar. O julgamento do mérito das ADC'S 43 e 44 pode ser colocado na pauta das próximas reuniões do STF, abrindo caminho para uma nova reviravolta no entendimento dos Ministros ou para a manutenção da decisão colegiada, manifestada na ocasião do julgamento do HC 126.292.

Mas todas essas assertivas não passam de conjecturas dentro de um quadro que se apresenta cada vez mais dinâmico. Este é um risco que se corre quando a teoria é confrontada com a realidade, uma vez que, esta última, é bastante dinâmica e nem sempre deixa aprisionar-se por conceitos ou visões parciais.

De qualquer forma, as questões aqui apresentadas necessitam de um maior aprofundamento e acompanhamento, com o objetivo de esclarecer que limites a constituição podem efetivar-se nas decisões prolatadas pelo STF, sem que ocorram interferências neste processo. Neste cenário, é importante aprofundar a problemática da judicialização da política e da politização do direito, à luz das novas teorias jurídicas que buscam ir além das teses de LUHMANN e sua visão da constituição como acoplamento estrutural.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo, 2015.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF - **HABEAS CORPUS: HC 84677 RS –** Inteiro Teor, 2004.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 126.292**. São Paulo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 93.266** São Paulo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629963>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.983 - **Diário da Justiça** - 29/08/1997. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185088&modo=cm. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich(coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DA MAIA, Alexandre. Autopoiese *versus* prática procedimental: o falso dilema do poder judiciário. **Revista de informação Legislativa**. Brasília, 37, nº 147 jul/set 2000.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. São Paulo: Ed. Trota: Madrid, 1995.

_____. **A Democracia através dos direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político – tradução de Alexander Araújo de Souza Gomes**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **O paradoxo da decisão judicial à luz de Niklas LUHMANN**. Revista Acadêmica. Faculdade de Direito do Recife. Volume 87, Número 1, jan/jun 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2008.

LIMA, F. R. S. 2008. **Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/4/showToc>. Acesso em: 22 agosto 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Recife: O Autor, 2013.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95**. São Paulo: RT, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Theory of Politics and Law**. By Michael King & Chris Thornhill. Great Britain, 2005.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo, Vozes, 2016.

_____. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *Et ali*. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **Iluminismo Sociológico**. In: SANTOS, José Manuel (org). O pensamento de Niklas LUHMANN. Covilhã (Portugal): universidade da Beira Interior, 2005.

MARIOTTI, H. **As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade**. São Paulo: Palas Athena, 2000.

_____. **Autopoiese, cultura e sociedade**. In: www.geocities.com/pluriversu . Acesso em: 01 agosto 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. RJ: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 10 Agosto 2018.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins /fontes, 2018.

NEVES, Rômulo Figueira. Entrevista com Marcelo Neves: A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas LUHMMAN. **Plural (São Paulo. Online)**, São Paulo, v. 11, p. 121-134, dec. 2004. ISSN 2176-8099. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/68086/78823>>. Acesso em: 16 July 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2176-8099.pcs0.2004.68086>. Acesso em: 06 set. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmman**. Rio de Janeiro, Vozes, 2016.

_____. Teoria reflexiva da decisão jurídica: Direito, Mudança Social e Movimentos Sociais. DIREITO.UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. V. 02, Nº 1. Jan-Abr 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1991.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **Metodologia das ciências sociais: Parte 1**. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001.