

Prisão em segunda instância e uma resposta ao posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni

“Se temos que obedecer a certos princípios básicos do Direito Penal e a certos princípios constitucionais, não podemos, por razões supraleais, em determinados casos, deixá-los de lado. Ou os empregamos em todos os casos, ou os rejeitamos”. (Ministro Felix Fischer em voto no Recurso Especial nº 213.054/SP)

Antes de adentrar ao tema central do artigo, vale mencionar que a presente resposta não visa questionar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni; pelo contrário, referido autor é um dos maiores pensadores do Direito Processual brasileiro e serve de escola aos atuais processualistas, o que não quer dizer que é preciso concordar com suas exposições. Em virtude de ser referência, deve-se, sempre, dialogar com seus escritos, ainda que contrariamente.

Fato é que no dia 08 de abril do corrente ano, foi publicado artigo no periódico Consultor Jurídico “sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da condenação”.¹ No artigo – que objetiva demonstrar a constitucionalidade da prisão antecipada – Marinoni elenca os seguintes argumentos:

1) *“A jurisdição constitucional, quando não tem condições de realizar interpretação conforme, pode negar a norma (interpretação possível) que deriva do texto legal para, reconstruindo-a, conformá-la ao sentido da Constituição. Trata-se de poder implícito ao de declarar a inconstitucionalidade. Isso acontece quando são proferidas as decisões ablativas, aditivas ou substitutivas — ditas decisões manipulativas – todas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal sob as vestes de declaração parcial de inconstitucionalidade e de interpretação conforme à Constituição”.* O que buscou ser informado por Marinoni é que o Supremo Tribunal Federal já atuou de forma parecida em outros casos, ou seja, deve seguir seus precedentes e possibilitar a prisão em segundo grau;

¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/direito-civil-atual-possibilidade-prisao-antes-transito-julgado>>. Acesso em 30 jun. 2019.

2) Luiz Guilherme Marinoni cita, como precedentes do STF, dois casos emblemáticos: ADI 1.127 (alteração do Estatuto da Advocacia) e ADPF 132 (união homoafetiva);

3) *“No caso brasileiro, a totalidade dos ministros do STF, ao optar por uma diretiva interpretativa funcional — indo obviamente além das diretivas linguística e sistemática —, adotou claramente a diretiva que preceitua que ao texto constitucional deve ser atribuído significado conforme aos objetivos que a Constituição deve alcançar segundo as valorações do Juiz Constitucional, necessariamente amarradas aos fatos e valores sociais contemporâneos”;*

4) *“Não há como imaginar que algum ministro da Corte possa declarar que a prisão em segundo grau é inconstitucional com base no dispositivo da Constituição que afirma que ‘ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Em primeiro lugar porque este dispositivo não diz que ninguém será preso antes do trânsito em julgado da condenação (...). Todo e qualquer efeito executivo da sentença tem autonomia em relação à coisa julgada material. A execução de uma sentença nada mais é do que opção pela realização prática da prestação jurisdicional, nada tendo a ver com trânsito em julgado ou com definição de responsabilidade. Isso significa que nem mesmo a interpretação literal do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal permite chegar na conclusão de que ninguém poderá ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”;*

5) *“O problema, porém, é certamente mais complexo. A ‘presunção de inocência’ não significa proibição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. ‘Presunção de inocência’ constitui standard que expressa a ideia de que ninguém, antes de uma justificativa decisional pautada em juízo e raciocínio abertos ao contraditório e às provas, pode ser considerado culpado. Em outras palavras, a presunção de inocência é um slogan que expressa que a prova do crime e da autoria é do titular da pretensão punitiva, constituindo-se num direito fundamental processual de natureza negativa”;*

6) *“A impossibilidade de se outorgar efeitos à sentença condenatória confirmada pelo tribunal, além de retirar a autoridade dos juízes e tribunais que atribuíram responsabilidade ao réu, transformando-os em porta-vozes de meras proclamações retóricas, elimina a efetividade da ordem jurídica, acenando para a ideia de que a responsabilização penal deve atingir somente aqueles que não podem suportar o custo financeiro de um advogado que os leve ao exaurimento do processo perante a Corte Constitucional. A realidade contemporânea atesta que muitos condenados em primeiro e segundo graus deixam de cumprir pena em virtude da demora inerente ao processamento dos recursos no STJ e no STF, bem como demonstra que algumas penas, quando cumpridas muito depois, deixam de ter o seu devido significado para a sociedade”.*

Analisando o raciocínio jurídico do renomado jurista, resta debater cada um dos itens:

1) Procede a afirmação de Marinoni quando delimita que, em sua história, o Supremo Tribunal Federal já atuou fortemente com decisões manipulativas.² Também é verdade que precedentes judiciais devem ser seguidos, a fim de gerar estabilidade e segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Entretanto, erros não justificam outros erros. Não é porque o STF tem sido ativista nas últimas décadas que não se podem questionar as atuações dos ministros e os prejuízos que parcela destas atuações tem causado à harmonização dos poderes (art. 2º, CF). A própria doutrina italiana, mencionada no texto original, traça condições para prolação de sentenças manipulativas, sendo vedada, por exemplo, a criação de tipo penal.

2) Como dito anteriormente, Marinoni cita, como precedentes do STF, dois casos emblemáticos (ADI 1.127 e ADPF 132). Faltou, todavia, mencionar dois pontos importantes: **i)** no primeiro caso, ao analisar dispositivos do Estatuto da Advocacia, o Plenário, por unanimidade, consignou no corpo do acórdão que *“a prisão temporária revela exceção, encerrando a Carta da República o princípio da*

² O órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição.

não-culpabilidade até ter-se decreto condenatório precluso na via recursal".³ Ora, devemos ou não seguir os precedentes emanados do Plenário? **ii)** já no segundo processo, estamos diante de situação de *garantia de direitos fundamentais*; aliás, um dos mais relevantes papéis do STF é o papel contramajoritário. Comparar concessão de direitos para a comunidade LGBT à situação de *restrição de direitos fundamentais* não parece sensato.

3) Neste ponto, surge uma visão consequencialista, ou melhor, utilitarista.⁴ Se o Supremo Tribunal Federal deve atribuir sentido à Constituição Federal, levando em consideração fatos e valores sociais contemporâneos, então, poderia ele, modificar seus precedentes a todo o momento? Isto porque valores sociais são efêmeros. Exemplo: há poucos anos vivíamos a "era Lula", onde se aplaudia a luta pela igualdade e direitos sociais; hoje, vivemos a "era Bolsonaro", onde se aplaude a luta pela justiça e liberdade econômica. Ainda, a interpretação da Constituição deve estar amarrada aos valores sociais de qual classe econômica ou origem étnica? Ricos, brancos e de extrema direita?

4) Para Marinoni, o dispositivo constitucional **não diz** que ninguém será preso antes do trânsito em julgado da condenação, o que indica que o debate seria puramente semântico. Em verdade, tal compreensão não corresponde à devida interpretação do dispositivo, por, pelo menos, três razões imediatas: i) a presunção de inocência - ou não consideração prévia de culpabilidade - decorre do princípio da culpabilidade em Direito penal, o qual é, ao lado do princípio da legalidade, uma verdadeira construção e vitória histórica na limitação do poder punitivo, consoante explica Claudio Brandão,⁵ Paulo César Busato,⁶ Juarez Cirino dos Santos,⁷ entre

³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-mai-17/supremo_derruba_dispositivos_estatuto_advocacia>. Acesso em 30 jun. 2019.

⁴ O utilitarismo é uma doutrina ética que insiste no fato de que devemos considerar o bem-estar de todos e não de uma única pessoa. "A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano". Cf.: SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 51.

⁵ BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez/2004, p. 171-184.

outros; ii) a presunção de inocência não detém conteúdo normativo suficiente para ser considerado um princípio, embora, não raras vezes, seja assim chamado pela doutrina e jurisprudência. A densidade normativa da presunção de inocência corresponde a uma norma regra,⁸ pois não admite a ductilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos.⁹ Assim, sobre a presunção de inocência, aplica-se a famosa regra do “tudo ou nada” de Ronald Dworkin,¹⁰ haja vista que ela deve ser aplicada de forma plena até sua materialização em sentido contrário. Idêntica conclusão decorre da leitura da obra de Robert Alexy, para quem “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”;¹¹ iii) se formos refutar a aplicação da garantia em decorrência de uma decisão confirmatória de segundo grau, estaremos ignorando não apenas o dispositivo constitucional (art. 5º, LVII), mas, igualmente, o Código de Processo Penal (art. 283) e a Lei de Execução Penal (arts. 105 e 147). Esse é o entendimento expressado em

⁶ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37 e ss.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 24.

⁸ Em sentido idêntico: TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “um *requiem* para a presunção de inocência”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial, 2016, p. 08.

⁹ Nesse sentido, é bastante elucidativa a definição de Daniel Wunder Hachem ao afirmar que a presunção de inocência é “típico exemplo de norma com caráter de regra, no sentido de Ronald Dworkin: aplicável segundo a lógica do tudo-ou-nada. No caso, a norma que fixa o prazo para recurso é válida e se aplica com tudo. Não há espaço para ponderação, diria Robert Alexy”. (HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 02 jun. 2019).

¹⁰ Cf. Explicação do autor comparando as regras jurídicas às regras extralegais, em especial, com as regras de baseball: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24-25.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91. Além disso, Destaca Virgílio Afonso da Silva que “o elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outros princípios ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em ‘condições jurídicas’. Como já se viu – e como se verá também a seguir –, no caso das regras a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a *subsunção* e o *sopesamento*.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46).

recente decisão do Superior Tribunal de Justiça,¹² aplicando a devida interpretação aos dispositivos legais.

5) Afirma Marinoni que “a presunção de inocência é um slogan que expressa que a prova do crime e da autoria é do titular da pretensão punitiva, constituindo-se num direito fundamental processual de natureza negativa”. Em partes é preciso concordar com o autor. Realmente, a regra da presunção de inocência pode ser expressa em aspecto negativo, mas não se resume a isso. De acordo com a garantia da presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade, constata-se que a culpabilidade se insere tanto nos mecanismos de direito material, quanto na matéria processual,¹³ assumindo importante papel diante da atuação penal estatal cada vez mais influenciada por mecanismos midiáticos.¹⁴ Apenas a título elucidativo, podem ser utilizadas as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” como sinônimos; afinal, como bem pondera Gustavo Badaró, “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias”.¹⁵ Por tal razão, podem ser usados ambos os termos para se referir à garantia.

Segundo Rogério Lauria Tucci, a presunção de inocência consiste na “asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença

¹² STJ. 3ª Seção. EREsp 1.619.087-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 14/6/2017 (Info 609).

¹³ “O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual penal vem em reforço da idéia de comunhão de fontes entre o Direito penal e o Direito processual penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil.” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos...*, *Op. cit.*, p. 205). Posicionamento idêntico em BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39, rodapé 69. Sobre uma teoria autônoma do Direito Processual Penal frente ao Direito processual Civil: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 129 e ss.

¹⁴ Sobre o assunto, urge transcrever um trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não se desconhece que programas jornalísticos sensacionalistas infestam o cotidiano, influenciando de maneira sórdida a percepção e o raciocínio do cidadão, substituindo o resguardo do direito constitucional à informação por deturpação de fatos e versões. O “gosto de sangue” parece ser o mote principal desses veículos, que desconhecem respeito por vidas inocentes e honra alheia, em nome da necessidade de clientela e audiência, que, em substância, se reduzem a busca de mercado e, pois, de lucro sem compromisso ético.” (HC 111756 MC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022. Divulg. 31/01/2012. Public. 01/02/2012).

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então a coisa julgada de autoridade relativa”.¹⁶

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória provoca consequências diretas na forma de tratamento para com o réu, no ônus da prova e na “obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena serão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada (motivação como instrumento de controle da racionalidade)”.¹⁷

Acerca do tratamento para com o réu, destaca Aury Lopes Jr. que a presunção deve ser uma norma de maior relevância, pois obriga o juiz “não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)”.¹⁸ Afirma ainda que a presunção de inocência:

- a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.
- b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).
- c) Dentro do processo, traduz-se em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).
- d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.¹⁹

Por tal motivo, é possível afirmar que essa garantia, formadora de um processo penal liberal, se impõe como um verdadeiro dever de tratamento, atuando tanto na dimensão interna do processo quanto na externa.²⁰

Em sua dimensão interna, impõe um dever de tratamento ao juiz, no sentido de repassar todo o ônus probatório à acusação e que a dúvida seja uma baliza absolutória, ao mesmo tempo em que o uso de prisões cautelares não se dê de

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 313.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179. A mesma passagem consta em LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.*, p. 220; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 181.

modo abusivo.²¹ Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”,²² sua consequência lógica é que o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.²³ Em síntese, a garantia da não presunção de culpabilidade afeta diretamente o ônus probatório, a limitação da publicidade sobre o réu e o processo e a vedação ao uso abusivo de prisões cautelares.²⁴

Gustavo Badaró, ao comentar o conteúdo da garantia, afirma que o estado de inocência possui três significados.²⁵ Primeiramente, uma faceta de garantia política correspondente à adoção de um processo acusatório, no qual, o *in dubio pro reo* se torna um consectário necessário. Em segundo lugar, é uma regra de tratamento do acusado “a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”.²⁶ A terceira repercussão expressa uma regra de tratamento do acusado, impondo limites às prisões cautelares e à execução provisória ou antecipada da pena.²⁷

Especificamente quanto à imposição de uma regra de tratamento, percebe-se uma harmonização com a proposta de Luigi Ferrajoli, para quem a presunção de inocência deriva do princípio de submissão à jurisdição.²⁸ O princípio de submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a imputação acusatória se sujeite à provação e uma possível refutação.²⁹ Assim, por tal princípio, Ferrajoli defende a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.³⁰ Essa perspectiva garantista reforça a proposta aqui defendida de que a garantia do estado de inocência é um efeito direto do princípio da culpabilidade.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 181.

²² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. Loc. cit.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. Loc. cit. Nesse sentido, Claus Roxin afirma que a imagem do acusado deve sempre ser preservada, pois integra o campo dos direitos personalíssimos, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, 127-128.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 220.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 57.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Loc. cit.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 58.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 505.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Loc. cit.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Loc. cit.

Desta forma, o entendimento anteriormente preservado pelo STF e sedimentado no HC nº 84.078/MG é o que melhor se coaduna com a garantia de inocência, a qual é uma regra que deve ser aplicada a todo processo penal de modo que a execução da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Válido transcrever as palavras do Ministro Eros Grau ao julgar o alusivo *writ*: “apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição”.³¹ Defender o cumprimento antecipado da pena corresponde a subtrair do réu sua condição de sujeito processual, convertendo-o em um objeto do processo.³²

O debate sobre o assunto transcende as normativas internas. Em 2004, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, no qual foi sedimentada que a execução antecipada da pena agride a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. No referido caso, Ricardo Nicolás Canese Krivoshein teve o reconhecimento da lesão aos seus direitos humanos por ficar proibido de sair do país por um período de quase oito anos por ter praticado o delito de difamação contra seu concorrente à presidência do Paraguai, Juan Carlos Wasmosy. Embora Canese tenha sido absolvido em 2002 pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai, ele havia sido condenado em primeiro grau, motivo pelo qual teve seu direito de sair do país restringido. A CIDH reconheceu na sentença que a restrição ao direito de ir e vir equivaleu à antecipação da execução da pena, o que violou a presunção de inocência.³³

³¹ No mesmo sentido, Amilton Bueno de Carvalho afirma que: “salvar o futuro do direito é salvar o futuro da democracia, são as duas caras de uma mesma moeda: no momento que se joga fora o direito, joga fora a democracia; quando se joga fora a democracia, se joga fora o direito; só há democracia sustentada pelo direito, só há direito dentro da democracia (um sistema legal construído fora da democracia não é direito) e o critério legitimador interno do direito, no plano de sua verticalidade, é a Constituição. Daí porque o juiz deve estar vinculado à lei, mas não a qualquer lei – somente deve obediência àquelas que fazem presentes os valores materiais previstos na Constituição ou em princípios inegociáveis. Para ele, o direito, então, é sistema de proteção do débil; ambiciona-se um Estado social máximo e um Estado punitivo mínimo; um maior bem-estar ao não desviante e o menor sofrimento possível ao desviante – a quem se deve permitir o gozo de direitos, embora com alguma limitação; existem princípios que nem a unanimidade pode revogar: são a proteção do um contra todos” (CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito Penal a marteladas: Algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 46-47).

³² Sobre a diferenciação entre sujeito do processo e objeto do processo: ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 123 e ss.

³³ Conforme item 162 do capítulo 3.2 da sentença (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=218>. Acesso em 03 jun. 2019). Maiores declinações sobre o processo podem ser encontradas em GIACOMOLLI, Nereu José.

Corroborando o entendimento aqui exposto, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Guilherme Brenner Lucchesi afirmam: a) “ou passamos a entender que a prisão de alguém baseada em sua culpa não significa considerá-lo culpado, torcendo a lógica e executando pena restritiva de liberdade em relação a pessoas inocentes”,³⁴ o que por si só, seria um absurdo sem precedentes dentro do ordenamento ou b) “admitimos que o texto de uma cláusula pétrea constitucional pode ser totalmente desconsiderado, abrindo perigoso precedente para futuras infrações à ordem constitucional”,³⁵ o que geraria uma insegurança jurídica sem limites.

Logo, a interpretação correta corresponde à decisão anteriormente prolatada pelo STF no HC 84.078/MG,³⁶ de modo que é preciso se atender às construções corretas dos precedentes para respeitá-los e cumprir corretamente o Direito no caso concreto.

Além disso, os argumentos apresentados pelo prof. Marinoni lembram em muito a antiga determinação legal sobre a necessidade de se recolher preso para apelar, o que, corretamente, foi refutado pelo STF em diversos julgados, podendo-se mencionar a título exemplificativo tanto o HC 101.244³⁷ quanto o HC 106.243.³⁸

6) No item seis, surge uma nova visão consequencialista, sem cunho efetivamente jurídico. Foi dito pelo doutrinador: “*a realidade contemporânea atesta que muitos condenados em primeiro e segundo graus deixam de cumprir pena em virtude da demora inerente ao processamento dos recursos no STJ e no STF, bem como demonstra que algumas penas, quando cumpridas muito depois, deixam de*

O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105 e ss.

³⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 07.

³⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Loc. cit.*

³⁶ No mesmo sentido, OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHELOTTO, Mariana Nogueira. Presunção de inocência - avanço ou retrocesso? *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 11-12. Sobre essa afirmação, é merecedor de transcrição um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC 126. 292: “Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Hoje, pode”.

³⁷ HC 101.244, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 16-3-2010, DJE 62 de 9-4-2010.

³⁸ HC 106.243, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 5-4-2011, DJE 75 de 25-4-2011.

ter o seu devido significado para a sociedade". Isto é uma verdade, porém, a culpa não está na Carta Constitucional, mas na morosidade do sistema Judiciário e na própria legislação processual (recursos), cuja defasagem é mais do que evidente. Defender a reforma da lei seria aceitável – não obstante a regra do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal seja cláusula pétrea, mas defender sua destruição passa a ser um risco ao próprio *império do Direito*.

Não nos esqueçamos que é possível prisão durante a tramitação de um recurso, desde que preenchidos os requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal. Qualquer justificativa distinta demonstra um desejo punitivo inadequado aos limites constitucionais do sistema penal.³⁹

Além do que fora exposto, outros pontos destacados pelos defensores da prisão em segundo grau podem ser prontamente rebatidos, como por exemplo:

“Nos tribunais superiores (STJ e STF) não se podem analisar questões fáticas e relacionadas às provas do processo”. O argumento seria irrelevante, pois a impossibilidade de rediscutir fatos e provas não impede a reversão da decisão e o perigo de dano – irreparável – ao acusado.

“Em outros países funciona”. Outro frágil argumento que não leva em consideração centenas de fatores, como: economia, nível de educação, índice de pobreza, situação carcerária, dentro outros.

Para finalizar o tema, importante mencionar que prisões em segundo grau, posteriormente cassadas pelos tribunais superiores, podem elevar, em muito, o número de ações indenizatórias contra o Estado. E quem arcará com isto? A própria população punitivista.

De forma pragmática, Eros Roberto Grau ensina que “é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é como a religião, a filosofia, a história”.⁴⁰ “É preciso levar o Direito a sério, o que significa libertá-lo dos

³⁹ Sobre a ânsia punitiva: DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO. Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2. Set./2016, p. 1-17. Disponível em: <<http://omalestarnodireito.com>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

⁴⁰ “Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)”. Cf.: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho*

grilhões da exceção e devolvê-lo ao povo, único titular da soberania”.⁴¹ Enfim, o Judiciário não é um auxiliar da acusação. O seu papel não é demonstrar a todo o custo a culpa do acusado que lhe é apresentado.

O debate é intenso e certamente se prolongará para a posteridade. Entretanto, é preciso deixar claro: devido processo legal não existe para defender bandido; existe para impedir que o Estado se torne o bandido.

medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21.

⁴¹ VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 56.